Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen

hinsichtlich

ihrer begrifflichen Scheidung und ihrer Strafbarkeit.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Fritz Kohn.

Referendar.

BRESLAU 1904.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen

hinsichtlich

ihrer begrifflichen Scheidung und ihrer Strafbarkeit.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Fritz Kohn.

Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BRESLAU 1904.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Druck von M Jacob, Wüstegiersdorf.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Einleitung . . . . 1—2

I. Die Begriffe „untauglicher Versuch und Wahnverbrechen" . . . 2—14

A. Die Subsumtion der einzelnen Fälle unter die beiden Oberbegriffe „Das Wahnverbrechen (i. w. S.)" und „den untauglichen Versuch" mit Rücksicht auf ihr Verhältnis zur Rechtsordnung . . 2—7

a. Die unstreitigen Fälle.

§ 1. Das Wahnverbrechen im engeren Sinne . . . 2—3

§ 2. Der Versuch mit untauglichen Mitteln . . . 3—4

b. Die streitigen Fälle.

§ 3. Versuch am nichtexistierenden und physisch untauglichen Objekt . . . . 4—5

§ 4. Fälle des Mangels im Tatbestand 5–7

B. § 5. Kritik der Subsumtion seitens anderer Schriftsteller . 7—11

C. Weitere Gründe für die vertretene Subsumtion unter Bezugnahme auf besondere Unterscheidungsmerkmale.

§ 6. Der vom Täter angestrebte Erfolg . . . . . 11—13

§ 7. Die Möglichkeit des Eintritts einer Normverletzung . 14

II. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und des Wahnverbrechens (i. w. S.) . . . . 14—56

A. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs 14 49
(Versuch mit untauglichen Mitteln.)

§ 8. Vorwort . . . . 14—15

§ 9. Die Theorie des Reichsgerichts und v. Buri's . . 15—20

§ 10. Die Theorie Feuerbach's . . . . 20—22

§ 11. Die Theorie Mittermaier's . . . . 22—28

§ 12. Die Theorie Geyer's . . . . 28—32

§ 13. Subjektiv-objektive Theorie . . . . 32—37

§ 14. Gefährdungstheorie 37–46

§ 15. Standpunkt des Reichs-Straf-Gesetz-Buches . . 46—48

§ 16. Ergebnis . . . . 48—49

B. Strafbarkeit des Wahnverbrechens (i. w. S.) . . . . . 48—54

§ 17. Strafbarkeit des Versuchs am nichtexistierenden und physisch-untauglichen Objekte 49

§ 18. Strafbarkeit der Fälle des Mangels im Tatbestand . 49–51

§ 19. Strafbarkeit des Wahnverbrechens (i. e. S.) . . 51—54

C. § 20. Schluss 54–56

Litteratur-Verzeichnis.

Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, Jahrgang 1834, Halle 1834.

Neues Archiv des Kriminalrechts, II. Band, Halle 1818; IV. Band, Halle 1821; XII Band, Halle 1830.

Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse, I. und II. Band. Göttingen 1840 bzw. 1842.

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche des Verbrechens, Stuttgart 1888.

v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen, Hannover 1859.

Bennecke-Beling, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft XIV, Breslau 1898. Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Auflage, Leipzig 1898.

Binding, Handbuch, Leipzig 1885.

— Normen, Band I, Leipzig 1890.

Birkmeyer, Encyklopädie, München.

v. Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Giessen 1862.

- Beiträge zur Theorie des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, Leipzig 1894.

Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, I. Band, Breslau 1880.

Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, XXVI. Band, Berlin 1854.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, I. Band, Seite 439; VIII. Band, Seite 198; XVII. Band, Seite 158; XXXIV. Band Seite 217.

Feuerbach, Lehrb. des peinlichen Rechts, herausgegeb. von Mittermaier, Giessen 1836.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Auflage, Leipzig 1901.

Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln usw. Dissertation a. d. Universität Berlin, Berlin 1882.

Der Gerichtssaal.

— 11. Jahrgang, Erlangen 1859, Mittermaier Seite 403. Der Versuch von Verbrechen, bei denen es am erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt und der Versuch mit untauglichen Mitteln.

— 16. Jahrgang, Erlangen 1864, Häberlin Seite 218. Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt.

— 17. Jahrgang, Erlangen 1865, Rubo Seite 1. Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objekten.

Der Gerichtssaal.

— 18. Jahrgang, Erlangen 1866, Geyer Seite 35. Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen.
– 19. Jahrgang, Erlangen 1867, Zur Lehre vom Versuche, v. Buri Seite 59.
— 20. Jahrgang, Erlangen 1868, D. Vers. des Verbrechens mit untaugl. Mitteln, v. Buri Seite 325.
— 24. Jahrgang, Erlangen 1872, Häberlin Seite 253. Einige Bemerkungen über d. Versuch nach d. Reichsstrafgesetzbuche.
— Band XXVII, Stuttgart 1875, Seite 313. Entscheidung des Ober-Appell.-Gerichts zu Jena.
— Band XXIX, Stuttgart 1877, Scherer Seite 481. Ueber die Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objekte und mit absolut untauglichen Mitteln.
— Band XXXII, Stuttgart 1880, v. Buri Seite 321. Versuch und Kausalität.
— Band XL Stuttgart 1888, v. Buri Seite 503. Ueber den Begriff der Gefahr.
– Band XLI, Stuttgart 1889, Kroschel Seite 273, Versuch und Mangel am Tatbestand.
— XLIII, Stuttgart 1890, Kroschel Seite 216. Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Objekt.

Goltdammer, Archiv usw.

— X. Band, Berlin 1862, Seite 528. Zur Lehre von der Vergiftung (Ein Rechtsfall).
– XIII. Band, Berlin 1865, Häberlin, Ueber Rechtswahn und Wahnverbrechen. Seite 233.
— XXV. Band, Berlin 1877, v. Buri, Ueber das Wesen des Versuches, Seite 265.
— XXVI. Band, Berlin 1878, Oetker Seite 249. Zur Lehre von dem Pressvergehen.
— XXVIII. Band, Berlin 1880, Cohn, Seite 361. Die den untauglichen Versuch betreffende Plenarentscheidung des Reichsgerichts.
— XXIX. Band, Berlin 1881, Zimmermann, Seite 182. Zur Auslegung des § 43 des Reichsstrafgesetzbuches.
— XXX. Band, Berlin 1882, Zimmermann, Seite 141. Zur Auslegung des § 43 des Reichsstrafgesetzbuches. Zweiter Beitrag.
— XXXII. Band, Berlin 1884, Hagemann, Seite 221. Der Versuch beim Mangel des Objekts.
— XXXV. Band, Berlin 1887, Villnow, Seite 98. Versuch.
— XXXVI. Band, Berlin 1888, Havenstein, Seite 33. Zur Lehre vom untauglichen Versuch.
— XXXVII. Band, Berlin 1889, Zucker, Seite 275.

Hepp, Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, Heidelberg 1827.

Hertz, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, Hamburg 1874.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, I. und II. Band.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrgang IV, Berlin 1899, Seite 58.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht, I, Mannheim 1890.

Lammasch, das Moment objektiver Gefährlichkeit usw., Wien 1879.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, X. Auflage, Berlin 1900.

Dochow und v. Liszt, Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, I. Band, Berlin und Leipzig 1881, Ueber die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen, Geyer, Seite 30; v. Buri, Ueber die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen, Seite 185.

v. Liszt und Lilienthal, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XVII. Band, Berlin 1897, Oetker, Seite 53; XX. Band, Berlin 1900, Rosenberg, Seite 685.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrecht; Dissertation an der Universität Leipzig, Cassel 1876.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, I. und II. Band, Berlin 1900 bezw. 1901.

Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals . . . in Strafsachen;
IX. Band, Berlin 1869,
XII. „ „ 1871, Seite 585,
XV. „ „ 1874.

Oppenhoff, Kommentar zum Reichs-Straf-Gesetz-Buch, Berlin 1896.

Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, II. Auflage, Dorpat und Leipzig, 1888.

Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, IV. Band.

Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis usw.
Neue Folge, Band II, München 1873.
„ „ „ III, „ 1874.
„ „ „ IV, „ 1875.
„ „ „ V, „ 1876.
„ „ „ VIII, „ 1879.
„ „ „ XVIII, „ 1889.

Thon, Festrede. Jena 1894.

Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, I. und II. Band, Halle 1822 bezw. 1823.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Walther S. 26, Der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen. V. Band, München 1863.

Deutsches Wörterbuch von Moritz Heyne, Leipzig 1895, Seite 1323.

Deutsches Wörterbuch von Dr. Friedrich Ludwig Karl Weigand, 3. Auflage, Giessen 1878, Seite 1038.

Zachariae, Die Lehre vom Versuch des Verbrechen, I. Teil, Göttingen 1836.

Zeitschrift für exakte Philosophie, I. Band, Leipzig 1861.

Abkürzungen.

E. = Entscheidungen des Reichs-Gerichts in Strafsachen.
G. A. = Goltdammer, Archiv.
Gew. O. = Gewerbe-Ordnung.
G. S. = Der Gerichtssaal.
N. A. = Neues Archiv des Kriminalrechts.
St. G. B. = Straf-Gesetz-Buch.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Quellenregister.

Die grossen Zahlen bezeichnen die Seiten der Arbeit, die kleinen Zahlen die Fussnoten.

Corpus iuris civilis
l. 18 D. de poenis 48, 19.
Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 96.
§ 904. 53[2]
§ 1631[2]. 53[4]
Zivilprozessordnung vom 17. 5. 98.
§ 393. 5[2]
Gewerbeordnung vom 30. 6. 00.
§ 127. 53[3]

Strafgesetzbuch vom 15. 5. 71.
§ 2. 52[1]
§ 44. 51[4]
§ 140. 5[1], 51[1]
§ 153. 5[2]
§ 182. 5[5]
§ 183. 6[1]
§ 184. 6[2]
§ 242. 5[4], 49[4], 51[2]
§ 263. 50[1]

Einleitung.

Wahnverbrechen (i. w. S.) und untauglicher Versuch sind die beiden Oberbegriffe, denen das Wahnverbrechen im engeren Sinne, der Versuch mit untauglichen Mitteln, der Versuch am nicht existierenden und physisch untauglichen Objekt, sowie die Fälle des sogenannten „Mangels im Tatbestand“ unterstellt werden. Die unter diese Begriffe gebrachten Fälle werden um deswillen des öfteren zum Gegenstand gemeinsamer wissenschaftlicher Abhandlungen gemacht, weil allen diesen Fällen ein und dasselbe Charakteristikum eigen ist. Immer kommt es nämlich entgegen der Erwartung des Täters nicht zu der vorgestellten Verletzung der Rechtsordnung. Da jedoch der Grund für dieses gemeinsame Charakteristikum der einzelnen Fälle zwar in verschieden gearteten Umständen enthalten ist, diese aber wieder teilweise verwandt mit einander sind, so ist es bisher zu einer allgemein üblichen Verteilung unter die beiden am Eingang genannten Oberbegriffe noch nicht gekommen; die Grenze wird vielmehr verschieden gezogen, so dass bald der eine, bald der andere der beiden Oberbegriffe die Mehrzahl der Fälle umfasst. Um deshalb einen festen, aber auch gleichzeitig von Willkür freien Ausgangspunkt für die Verteilung zu gewinnen, gibt es für die Behandlung des ersten Teiles unserer Aufgabe nur den Weg, dass man diejenigen charakteristischen Umstände untersucht, welche das Wesen der nach unserer Kenntnis der Literatur einzig unbestrittenen Fälle ausmachen, nämlich das Wesen des Wahnverbrechens im engeren Sinne und das des Versuchs mit untauglichen Mitteln, deren wesentliche Momente zunächst ihre Darstellung finden sollen.

I. Die Begriffe untauglicher Versuch und Wahnverbrechen.

A. Die Subsumtion der einzelnen Fälle unter die beiden Oberbegriffe:

Das Wahnverbrechen (i. w. S.) und den untauglichen Versuch mit Rücksicht auf ihr Verhältnis zur Rechtsordnung.

a. Die unstreitigen Fälle.

§ 1. Das Wahnverbrechen im engeren Sinne.

Ein Wahnverbrechen im engeren Sinne ist nach allgemeiner Ansicht[1]) dann gegeben, wenn

a. der Handelnde seine Tat unter eine in Wirklichkeit gar nicht existierende, von seiner Phantasie allein geschaffene Norm fallend wähnt oder

b. wenn der Täter seine Handlung irrig unter eine in Wirklichkeit bestehende Norm subsumirt, besonders dann, wenn die falsche Unterordnung durch die mangelnde Kenntnis des Gegebenseins einer Ausnahme von der Norm veranlasst ist.

Beispiel zu a:

Der Ungläubige, der Sonntags nicht in die Kirche geht, glaubt eine normwidrige Handlung zu begehen. Der Ehemann, der Abends allzulange im Wirtshaus sass, vermeint sich gegen eine Norm vergangen zu haben.

Beispiel zu b:

Der Lehrherr, der nicht weiss, dass ihm ein Züchtigungsrecht gegenüber seinen Lehrlingen zusteht, meint, dass er durch eine körperliche Züchtigung eines seiner Lehrlinge eine Körperverletzung begangen habe. Der Vater, der hinsichtlich desselben Rechts im Irrtum befangen ist, wähnt bei Züchtigung seiner Kinder normwidrig zu handeln.

Bei der ersten Art der hierher gehörenden Fälle[2]) ist es ganz selbstverständlich, dass die staatliche Rechtsordnung auch nicht im allermindesten durch das Tun des Wahnverbrechers berührt

---

[1]) Häberlin G. A. 13, S. 235; v. Liszt, Lehrbuch S. 160; Kohler, Studien, B. I. S. 14; Frank, Kommentar, S. 102, Klee, Bennecke-Beling. Heft 14, S. 24, Oetker, Irrtum S. 26.; Kriegsmann, Bennecke-Beling Heft 51 „Wahnverbrechen und untauglicher Versuch" erschien erst während der Drucklegung dieser Arbeit.

[2]) cfr. Beispiele zu a.

wird, da sie natürlich nur in von ihr selbst aufgestellten Vorschriften verletzt werden kann, nicht aber in solchen Rechtssätzen, welche die Phantasie des Täters in das staatliche Rechtssystem hinein gebracht hat. Denn vermöchte das Vorstellungsleben des Einzelnen wirkliche Rechtssätze zu schaffen, so ist kein Grund erfindlich, warum man ihm nicht auch die Fähigkeit beilegen sollte, staatliche Rechtssätze zu streichen; eine Konsequenz, die wohl niemand zu ziehen den Mut fände.

Was die der zweiten Kategorie zugewiesenen Fälle [1]) anlangt, so wenden sich auch hier die Täter natürlich nicht gegen die Rechtsordnung. Denn für die Entscheidung über die Normwidrigkeit einer Handlung ist nicht massgebend das falsche Meinen des Täters; dieses kann den Täter selbstverständlich auch nicht ein von der Rechtsordnung eingeräumtes persönliches Recht verlieren lassen, durch welches die Handlung ihre sonstige allgemeine Normwidrigkeit ablegt.

Mag daher Derjenige, welcher sich gegen keine staatlicherseits gesetzte Norm, sondern nur gegen eine selbst-konstruierte vergeht, vom Standpunkte der fiktiven Rechtsordnung aus betrachtet, sich die schlimmsten Verfehlungen zu Schulden kommen lassen, — den Staat als Hüter der wahren Rechtsordnung lässt des Wahnverbrechers Treiben vollkommen gleichgültig.

Das Wesentliche des Wahnverbrechens im engeren Sinne ist der Mangel eines jedweden Angriffs auf die Rechtsordnung.

§ 2. Der Versuch mit untauglichen Mitteln.

Da wir an dieser Stelle auf den Streit der sogenannten objektiven Versuchstheorie mit der subjektiven noch nicht eingehen wollen, können wir die erforderlichen Beispiele nicht bloss aus dem Gebiete des untauglichen Versuchs im technischen, prägnanten Sinne, sondern aus dem Gebiete des Versuchs schlechthin bringen. Es gehört daher hierher sowohl der Fall, dass aus richtiger Entfernung aus einer Schusswaffe auf einen Menschen ein Schuss abgefeuert wurde, die Kugel aber ihr Ziel verfehlte, als auch der, dass die Kugel am Panzer des Getroffenen wirkungslos abprallte, ebenso der, dass mit ungeladener Waffe zu schiessen versucht wurde. Gleichfalls hierher gehört der Tötungsversuch mit sym-

[1]) cfr. Beispiele sub b.

pathetischen Mitteln. Auch der Fall ist hierher zu rechnen, dass das angegriffene Objekt im Augenblicke der Tat an einem anderen Orte sich befindet, als der Täter vermutete.

In allen diesen Beispielen handelt der Täter gegen die Bestimmungen einer Norm. Denn, wenn er auch nicht ein durch die Norm geschütztes Rechtsgut verletzt, so verstösst er doch durch seine auf die Verletzung eines bestimmten, real gegebenen Rechtsobjekts gerichteten Bemühungen gegen die Norm, da diese nicht nur das Verletzen desselben, sondern auch schon alle hierauf abzielenden Tätigkeiten vermieden wissen will.[1])

So sehen wir also, dass im Falle des Versuchs mit untauglichen Mitteln der Täter stets etwas wirklich gegen die Bestimmungen der staatlichen Rechtsordnung Verstossendes vornimmt. Damit aber ist gleichzeitig ein grundsätzlicher, scharfer Gegensatz zu den Fällen des Wahnverbrechens (i. e. S.)[2]) gegeben, bei denen, wie oben ausgeführt, es sich lediglich um fiktive Angriffe auf die Rechtsordnung handelt.

b. Die streitigen Fälle.

§ 3. Der Versuch am nicht existierenden und physisch untauglichen Objekt.

Ein Versuch am nicht existierenden Objekt ist dann gegeben, wenn der Täter an einem Objekt einen verbrecherischen Erfolg hervorzurufen sucht, das überhaupt nicht existiert.

Beispiel: Die Pseudoschwangere sucht ihre vermeintliche Leibesfrucht abzutreiben.

Von einem Versuch am physisch untauglichen Objekt spricht man dagegen dann, wenn das Handlungsobjekt derart beschaffen ist, dass es aus physichen Gründen die Vollendung des Verbrechens ausschliesst.

Beispiel: A. will seinen Totfeind beseitigen, dieser aber ist bereits gestorben, sodass der „tötliche“ Streich einen Entseelten trifft.

Durch beide Handlungen verstösst der Täter — wenigstens nicht vorsätzlich — trotz der Existenz einer den erstrebten Erfolg verbietenden Norm nicht gegen dieselbe, da im ersten Bei-

---

[1]) Binding, Handbuch I, S. 173.

[2]) cfr. § 1.

spiele nicht der entseelte Körper, sondern das Leben, im zweiten Beispiel nicht die Gesundheit der Frauensperson, sondern die „lebende Frucht des weiblichen Schosses“ die von der Norm geschützten „Handlungsobjekte“ sind.

Infolgedessen wird durch keine der Handlungen die Rechtsordnung angegriffen. Wir werden daher den Versuch am nichtexistierenden und physisch untauglichen Objekt aus dem Begriffe des untauglichen Versuchs herausnehmen und dem Begriff „Wahnverbrechen“ unterstellen, da er mit diesem eine grössere Verwandtschaft aufweist.

§ 4. Die Fälle des „Mangels im Tatbestand.“

Hierunter sollen solche Fälle verstanden werden, in denen ein oder mehrere vom Willen des Täters unabhängige Tatbestandsmerkmale einer bestimmten Norm abgesehen von der Existenz und physischen Eignung des Handlungsobjekts nicht real, sondern nur für die Vorstellung des Handelnden gegeben sind.[1])

Der Mangel kann je nach der Struktur der in Frage stehenden Norm sein.

a. Ein Mangel des Subjekts.

Beispiele: Der Fünfzehnjährige, der sich bereits für 17 Jahr hält, wandert in der Absicht, sich dem Militärdienst zu entziehen, aus.[2]) Wer noch nicht 16 Jahr alt ist, legt sich das eidesmündige Alter bei und sagt, vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde vernommen, die Unwahrheit.[3])

b. Mangel des Objekts.

Beispiele: Der Täter, welcher einem anderen eine Sache in dem irrigen Glauben wegnimmt, dass diese nicht in des Täters Eigentum stehe[4]) oder der Fall, dass derjenige, welcher eine Frauensperson verführt, diese für jünger als 16 Jahre und für sittlich unbescholten hält, wohingegen diese bereits älter und sittlich bescholten ist.[5])

[1]) Durch unsere Charakterisierung dieser Fälle sind dieselben hinreichend gegen den Versuch mit untauglichen Mitteln, sowie den am nicht existierenden und physisch untauglichen Objekte abgegrenzt, die gleichfalls einen Mangel im Tatbestand (i. w. S.) aufweisen.

[2]) § 140 St.-G.-B.

[3]) § 153 St.-G.-B. und § 393 C.-P.-O.

[4]) § 242 St.-G.-B.

[5]) § 182 St.-G.-B.

c. Mangel irgend eines anderen Tatbestandsmerkmals.

Beispiele: Der Konkumbent glaubt sich bei Ausübung des Beischlafs von einer grösseren Anzahl Personen beobachtet, während der Akt von niemandem gesehen wird.[1]) Der Schriftsteller hält seine etwas „frei gehaltene“ Abhandlug für eine unzüchtige Schrift, obgleich sie dies keineswegs ist.[2])

Dass in keinem der angeführten Beispiele etwas Normwidriges geschieht, leuchtet wohl ohne weiteres ein, da zur Verletzung einer Norm ganz bestimmte, real gegebene Voraussetzungen gehören, deren Gegebensein durch den irrigen Glauben des Täters an ihre Existenz nicht versetzt zu werden vermag. Denn die Rechtsordnung verbietet ja nur das Auswandern der Wehrpflichtigen, nicht das der Scheinbarwehrpflichtigen, ebenso nur die unwahre eidliche Aussage der Eidesmündigen, nicht die der Eidesunmündigen.[3])

Nicht minder untersagt die Norm einzig und allein das dem Täter, dass er sich eine fremde Sache aneignet, nicht aber dass er über die seinige nach Willkür verfüge.[4]) Desgleichen beabsichtigt die Rechtsordnung nur die Frauenspersonen unter 16 Jahren vor Verführung zu schützen, — wofern dieselben sittlich unbescholten sind, — ganz und gar aber nicht die besondere staatliche Fürsorge solcher Frauenspersonen, welche diese Schutzgrenze bereits überschritten haben und etwa der gewerbsmässigen Prostitution anheimgefallen sind.[5])

In gleichem Masse kommt es der Rechtsordnung nur darauf an, dass die Vollziehung des Beischlafes da unterbleibt, wo sein öffentlicher Vollzug eine Gefährdung der guten Sitten bedeutet, nicht aber da, wo es an Voraussetzungen für diese Folge fehlt. Aus dem gleichen Grunde fordert die Rechtsordnung eine unzüchtige Schrift und begnügt sich nicht mit einer nur dafür gehaltenen.

Daher verletzt in keinem der angeführten Beispiele der Täter die Rechtsordnung, da diese, um angegriffen, oder gar ver-

---

[1]) § 183 St.-G.-B.

[2]) § 184 St.-G.-B.

[3]) cfr. Beispiele zu a.

[4]) cfr. Beispiele zu b.

[5]) cfr. Beispiele zu c.

letzt zu werden, nur in einzelnen des staatlichen Schutzes sich erfreuenden Gütern des Gemeinwesens getroffen zu werden vermag, weil ein Angriff auf den „abstrakten Rechtszweck“ logisch unmöglich ist.[1]) Ein solcher Angriff auf den abstrakten Rechtszweck aber müsste angenommen werden, wenn der Handelnde deshalb etwas gegen die Rechtsordnung Verstossendes vorgenommen haben sollte, weil er trotz der — wenn auch irrigen — Vorstellung, dass seine Handlung eine normwidrige sei, die Rechtsordnung durch dieselbe zu verletzen kein Bedenken trug.

Daher unterstellen wir die Fälle des „Mangels im Tatbestand“ gleichfalls dem Begriff Wahnverbrechen (i. w. S.) sodass dann für uns diesem Begriffe das Wahnverbrechen (i. e. S.) der Versuch am nicht existierenden und physisch untauglichen Objekte und die Fälle des „Mangels im Tatbestand“ angehören,

Die Berechtigung zu dieser gegnerischen Zusammenfassung ergibt sich aus der allen Wahnverbrechensfällen innewohnenden Eigentümlichkeit, dass sie sich nur scheinbar gegen die Rechtsordnung wenden, indem die Phantasie des Täters Normen erfindet, irrige Subsumtionen vornimmt, Täter, Verbrechensobjekt oder sonstige Tatbestandsmerkmale sich in solcher Beschaffenheit vorgaukelt, dass anstelle rechtlich bedeutungsloser Handlungen vollendete Verbrechenstatbestände treten.

So gearteten Handlungen, die nur auf den allerersten Blick das Aussehen wirklicher Verbrechen, wahrer Angriffe auf die Rechtsordnung aufweisen, bei näherem Zusehen aber ihre tatsächliche, nichts bedeutende Art nicht zu verbergen vermögen, da sie nur dem Irrtum des Täters ihr Scheindasein verdanken, solchen Handlungen kann, wenn die etymologische Bedeutung des Wortes „Wahn“[2]) allein in Frage käme, kein sprachlich treffenderer Ausdruck gegeben werden als die Bezeichnung „Wahnverbrechen“.

B.

§. 5. Kritik der Subsumtion seitens anderer Schriftsteller.

Da keinen Augenblick die Unzuträglichkeiten verkannt werden

---

[1]) v. Bar, Versuch und Teilnahme, S. 10.

[2]) Deutsches Wörterbuch von Moritz Heyne, S. 1523. Dtsch. Wörterbuch v. Friedrich Weigand, S. 1038.

sollen, welche sich wie stets, so auch in unserem Falle aus dem Gebrauch ein und desselben Wertes für einen weiteren und einen engeren Begriff ergeben, so wäre durchaus nichts dagegen einzuwenden, wenn die *Binding*'sche Bezeichnung, welche statt von Wahnverbrechen (i. w. S.) von der „irrtümlichen Annahme deliktischer Handlungen"[1]) spricht, der unsrigen vorgezogen würde.

Auf unserem Standpunkte scheint gleichfalls *Oetker*[2]) in seiner Schrift „über den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrecht" zu stehen. Ein sicheres Urteil darüber, ob er sich vollkommen mit unserer Meinung einverstanden erklärt, lässt sich infolge des Fehlens einer ausdrücklichen Stellungnahme dieses Schriftstellers zu den von uns als „Mangel im Tatbestand" bezeichneten Fällen nicht geben.

Ebenso ist u. E. *Berner's* Standpunkt kein unzweifelhafter und wir möchten nicht — wenigstens nicht auf Grund § 50 seines Lehrbuches — wie *Oetker* anstandslos annehmen, dass *Berner* nur den Versuch am absolut untauglichen Objekte unter Wahnverbrechen verstanden wissen will. Sagt doch *Berner* nur:, „Manche Rechtslehrer sprechen von einem Wahnverbrechen, wenn jemand aus Rechtsirrtum (Rechtswahnwitz) durch eine in Wahrheit straflose Handlung ein Verbrechen zu begehen glaubt, z. B. einen Incest durch eine Ehe mit einer entfernten Verwandten." Hieraus kann man *Berner's*[3]) Stellung zu den Autoren, welche unter dem Begriff „Wahnverbrechen" die „irrtümliche Annahme einer nicht verbrecherischen Handlung als Verbrechen" verstehen, nicht schliessen. Aber auch aus dem Satze „in diesem Sinne genommen gehört das Wahnverbrechen nicht hierher" ist ein sicherer Anhaltspunkt nicht zu gewinnen. Denn dieses Satzes Sinn kann sowohl der sein, dass *Berner* die obige Auffassung der Autoren nicht teilt, als auch der, dass *Berner* das Wahnverbrechen (i. e. S.) nicht zum Gegenstande der Erörterung im Rahmen der im § 50 seines Lehrbuchs stattfindenden Abhandlung „über die physische Tauglichkeit des Objekts" machen will.

Wenn aber *Oetker*[4]) mit seiner Behauptung, dass *Berner* unter

---

[1]) Binding, Handbuch S. 692.
[2]) Oetker S. 26.
[3]) Berner, Lehrbuch, S. 92.
[4]) Oetker, ebenda, S. 27.

Wahnverbrechen nur den Versuch am absolut untauglichen Objekte verstanden wissen will, Recht hat, so müsste die Berner'sche Terminologie als durchaus fehlerhaft bezeichnet werden. Denn da hierdurch diejenigen Fälle, welche sonst von allen uns bekannten Autoren[1]), wie *Häberlin*, *Oetker*, *v. Liszt*, *Binding*, *Kohler*, *Klee* als Wahnverbrechen bezeichnet werden, diesen Namen nicht erhielten, so setzte sich Berner ohne Angabe jeglichen Grundes mit dem herrschenden wissenschaftlichen Sprachgebrauch in Widerspruch, den wie Berner es in diesem Falle täte, man nur durch den Nachweis der Fehlerhaftigheit dieses Sprachgebrauches ausser acht zu lassen berechtigt ist.

Die weite Ausdehnung, welche *Rohland*[2]) dem Wahnverbrechen gibt, indem er alle Versuchsfälle „insoweit die Untauglichkeit eine notwendige ist", hierzu rechnet, findet um deswillen nicht unsere Billigung, weil der von *Rohland* angetretene Beweis einer Verwandtschaft zwischen den Fällen, welche die gemeine Meinung als Wahnverbrechen bezeichnet und den, welche Rohland gleichfalls hierunter verstanden wissen will, nicht als erbracht erscheint. Denn wenn Rohland den einzigen Unterschied zwischen den allgemein als Wahnverbrechen aufgefassten Fällen und den von ihm gleichfalls hierzu gezählten darin findet, dass sich in jenen der Handelnde in einem Rechtsirrtum, in diesen in einem tatsächlichen Irrtum befindet, so ist der tatsächlich vorhandene Unterschied nicht erschöpfend angegeben. Rohland selbst fühlt, dass andere auf einen zweiten Unterschied, nämlich das Verbotensein bezw. Erlaubtsein einer Handlung, ein grösseres Gewicht legen könnten, wodurch erst ein wahrer Gegensatz für die von ihm gleichgeachteten Fälle entstehen würde. Es geht dies deutlich aus Rohland's Bemühen hervor, beide Arten als gleichmässig unverboten hinzustellen. Zu diesem Zwecke bringt er ein Beispiel, das aber einzig und allein beweist, dass beidemal und zwar aus verschiedenen Gründen ein vollendeter Verbrechenstatbestand nicht zur Entstehung gelangt ist. Dahingegen hat *Rohland* für den wichtigsten Punkt, nämlich das gleichmässige Unverbotensein der

---

[1]) Häberlin G. A. XIII. S. 235, Oetker, S. 26; v. Liszt, Lehrbuch, S. 160; Kohler, Studien aus dem Strafrecht I. S. 14, Klee bei Bennecke-Beling, Heft XIV, S. 24.

[2]) Rohland, Gefahr S. 102.

Handlung des Täters sowohl in den eigentlichen Fällen des Wahnverbrechens als auch in den von ihm als solchen bezeichneten keinen Beweis erbracht, sondern sich mit einer diesbezüglichen Behauptung begnügt. U. E. wird sich für diese Behauptung auch schwer ein Beweis finden lassen, da die Norm alle auf die Verletzung eines Rechtsgutes abzielenden Unternehmungen verbietet[1].

Etwas ganz Anderes, woran *Rohland* uns auch bei seiner Behauptung, dass eine Handlung, welche den Erfolg überhaupt nicht herbeiführen könne, unverboten sei, zu denken scheint, ist die Behauptung der Straflosigkeit solcher Handlungen.

Da aber von *Rohland* der Nachweis des gleichmässigen Unverbotenseins aller von ihm dem Begriff „Wahnverbrechen" unterstellten Fälle nicht erbracht worden ist, darf wegen Fehlens eines wichtigen Charakteristikums, welches allen diesem Begriff unterstellten Fällen eigen wäre, ihm nicht diejenige Ausdehnung gegeben werden, welche *Rohland* als richtig erscheint.

Kohler[2], *Klee*[3], *Häberlin*[4] wollen von einem Wahnverbrechen nur dann sprechen, wenn der „von dem das Wahnverbrechen ausführenden Täter erstrebte Erfolg weder in concreto noch in abstracto ein rechtsverletzender ist". Die scharfe Grenzlinie, durch welche diese drei Autoren die von uns gleichfalls als Wahnverbrechen bezeichneten Fälle von dem Begriff des Wahnverbrechens, wie sie ihn verstehen, ausschliessen, begründen sie damit, dass bei letzteren der vom Täter erstrebte Erfolg kein durch eine Strafnorm untersagter sei, wohingegen in den anderen Fällen die Norm die Herbeiführung verbiete.

Der hier beigebrachte Unterschied besticht durch seine Einfachheit dermassen, dass man sich anfänglich fast entschliessen könnte, ihm eine Berechtigung beizumessen. Nun besteht aber die grösste Bedeutsamkeit des wirklichen Fehlens einer Strafnorm, deren irrtümlich angenommene Existenz die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verbieten soll, darin, dass alle auf diesen Erfolg gerichteten Handlungen nicht normwidrig sind. Wir jedoch

---

1) Binding, Handbuch S. 173.
2) Kohler I, Studien S. 14.
3) Klee in Bennecke-Beling, Heft XIV, S. 23.
4) Häberlin G. A. 13 S. 235.

haben andererseits oben[1]) Handlungen kennen gelernt, die, trotzdem sie auf die Herbeiführung eines durch die Existenz der Norm verbotenen Erfolges gerichtet waren, nicht normwidrig waren. Darum müssen wir auch diese Grenzlinie zwischen dem Wahnverbrechen und untauglichen Versuch wegen ihrer mangelnden Schärfe verwerfen.

Wenn wir auch schon jetzt kaum zu zweifeln brauchen, dass unsere auf dem Vorliegen bezw. Fehlen eines Angriffs auf die Rechtsordnung aufgebaute Unterscheidung ebenso einfach wie etymologisch richtig ist, so erscheint es uns doch angebracht, die innere Zusammengehörigkeit der dem Wahnverbrechen im weiteren Sinne unterstellten Fälle und ihre Gegensätzlichkeit zu den noch allein dem untauglichen Versuch verbleibenden Fällen, nämlich dem des Versuchs mit untauglichen Mitteln auch noch hinsichtlich einiger anderer, wenngleich weniger bedeutsamer Punkte zu beweisen.

C. Weitere Gründe für die vertretene Subsumtion unter Bezugnahme auf besondere Unterscheidungsmerkmale.

§ 6. Der vom Täter angestrebte Erfolg.

Der Unterschied zwischen Wahnverbrechen im engeren Sinne und untauglichem Versuche hinsichtlich des vom Täter erstrebten Erfolges besteht darin, dass beim Wahnverbrechen in der erdrückenden Mehrzahl der Fälle der Täter erreicht hat, was er wollte, wogegen beim untauglichen Versuch das Erreichte nie das Erstrebte ist. Zwar ist es auch möglich, dass im Falle des Wahnverbrechens der Täter mit seiner Handlung im Versuchsstadium stecken bleibt. Der Ungläubige z. B. wird von seinem Vorhaben, die Kirchzeit im Wirtshaus zu verbringen, von dem ihm begegnenden Geistlichen abgehalten. Aber was hier nur sein kann und nicht zu sein braucht, macht dort das Wesen des Begriffs aus.

Den gleichen Unterschied können wir zwischen dem untauglichen Versuch und den Fällen „des Mangels im Tatbestand" feststellen. Denn auch in diesen Fällen erreicht der Täter grundsätzlich, was das Ziel seines Strebens war[2]), bei jenem aber nie. Hat z. B. der Täter, wenn er seine eigene Sache einem anderen

---

[1]) cf § 3 und 4 der Arbeit.

[2]) Havenstein zur Lehre vom untauglichen Versuch in G.-A. 36 S. 37.

wegnimmt, von der er nicht wusste, dass sie ihm gehöre, sein Ziel erreicht oder nicht? Wir meinen, dass ihm zuteil wurde, worauf es seinem Willen ankam. Denn eine Sache, über welche früher ein anderer verfügen konnte, steht jetzt zu des Täters Disposition.

Wenn hiergegen *Zucker*[1]) einwendet, dass wir den Begriff des beendigten Versuchs ausser acht lassen, indem z. B. die gelungene Wegnahme einer vermeintlich fremden Sache einen beendigten Versuch bildet, so erwidern wir ihm mit *Kroschel*, „dass ein beendigter Versuch nur dann vorliegt, wenn die Tat vollendet, aber der Erfolg ausgeblieben ist: hier jedoch ist der Erfolg, soweit man von einem solchen beim Diebstahl überhaupt sprechen kann, eingetreten, der Täter hat erreicht, was er wollte, auch wenn seine Handlung sich nicht, wie er glaubte, als Delikt darstellt. Seine falsche Vorstellung von dem Eigentumsverhältnissen aber wird man schwerlich mit *Zucker* als einen Irrtum bezeichnen dürfen, der ihn um den Erfolg seiner Tat brachte.“[2])

Auch wenn es dem Täter darauf angekommen wäre, gerade eine fremde Sache sich nutzbar zu machen, wenn er nicht „geniessen“, sondern nur „erwerben“ wollte, indem das irrige Bewusstsein, dass die Sache ihm nicht gehöre, für das Tätigwerden des Pseudodiebs bestimmend war, so ist das zwar ein Moment, das für „das Inslebentreten des Willens“ ausschlaggebend war, zum Inhalt des Willens ist es aber nicht geworden, der sich vielmehr in der Richtung auf das Wegnehmen der bestimmten Sache allein erschöpft.[3]) Auch in dem Falle, dass jemand mit einer Frauensperson den Beischlaf vollzieht, in der er seine Schwester vor sich zu haben glaubt, ist des Täters Willen Genüge geschehen, da ihm gerade durch die Frauensperson, auf welche sein Wille ging, Befriedigung seiner geschlechtlichen Triebe zuteil wurde.

Um die durchgängige Richtigkeit unserer Behauptung für alle Fälle des „Mangels im Tatbestand“ darzutun, soll auch der Versuch des untauglichen Subjekts in den Kreis unserer Betrachtung gezogen werden.

Im Falle des Versuchs des untauglichen Subjekts erreicht

---

[1]) Zucker in G.-A. 27, S. 274.

[2]) Kroschel in G.-A. 43 S. 220.

[3]) Havenstein in G.-A. 36, S. 39.

nämlich der Täter gleichfalls grundsätzlich das, worauf es ihm ankommt. So unterscheidet sich damit auch dieser Fall des Wahnverbrechens vom untauglichen Versuch.

Beispiel: Der Auswanderer, der zwar erst 15 Jahr alt ist, sich aber bereits für 17 Jahr alt hält; das irrige Bewusstsein hat auf den Willen, der hier allein in Frage kommt, gar keinen Einfluss.

Der Versuch am nicht existierenden und physichen Objekte unterscheidet sich als einziger der dem Begriffe des Wahnverbrechens unterstellten Versuchs-Fälle in gewisser Hinsicht rücksichtlich des Erfolges nicht vollkommen vom untauglichen Versuch. In beiden Fällen nämlich bleibt der Erfolg den Bemühungen des Täters versagt. Aber trotzdem besteht ein bedeutender Unterschied zwischen dem Ausbleiben des Erfolgs im Falle des untauglichen Versuchs und im Falle des Versuchs am nicht existierenden und physisch untauglichen Objekte.

Beim untauglichen Versuche nämlich nimmt sich der Täter etwas durchaus Mögliches vor, nur ist der Weg, der den Täter zum Ziele führen soll, der falsche. Beim Versuch am nicht existierenden und physisch untauglichen Objekte aber geht die Absicht bereits auf das unter allen Umständen Unerreichbare.[1]) Wenn *Hälschner*[2]) dagegen sagt, „dass der strafbare Erfolg in allen Fällen ein möglicher, bedingungsweise erreichbarer sei, und dass es falsch wäre, behaupten zu wollen, die Absicht, Mord an einer Leiche zu begehen, sei gleichfalls schon an sich auf etwas Unmögliches gerichtet und dass die Absicht zu morden in allen Fällen die Möglichkeit der Vollendung enthalte, sofern die zweckentsprechenden Bedingungen gegeben sind — statt des Toten der Lebende“ — so führt er seinen Beweis damit, dass er dem Täter eine andere Absicht unterstellt als dieser in Wirklichkeit hat.[3]) Will doch der Täter nicht einen beliebigen Menschen morden, wobei es ihm freilich passieren könnte, dass er bei diesem Unternehmen auf eine oder die andere bereits gestorbene Person stiesse, sondern er will doch gerade seinen Todfeind, der nun aber bereits gestorben ist, beseitigen.

---

[1]) Hertz, S. 46. „Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln."

[2]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, S. 352.

[3]) Kroschel, G.-S. 41, 283.

§ 7. Die Möglichkeit des Eintritts einer Normverletzung.

Als letzter Unterschied zwischen untauglichem Versuch und Wahnverbrechen ist der festzustellen, dass bei ersterem derselbe Täter durch die Auswahl besserer Hülfsmittel am nämlichen Objekt ein vollendetes Verbrechen zu begehen vermag, an dem er das erste Mal nicht über das Versuchsstadium herausgekommen war, während in den Fällen des Wahnverbrechens ein vollendetes Verbrechen für den Täter hervorzurufen. unter allen Umständen unmöglich tst, selbst wenn eine das erste Mal physisch unvollendet gebliebene Handlung bei ihrer Wiederholung mit dem erstrebten Erfolge belohnt wird.

Die Richtigkeit unserer Behauptung hinsichtlich sämtlicher dem Wahnverbrechen unterstellten Fälle leuchtet wohl auch ohne Anführung eines Beispiels aus der im vorausgegangenen von ihnen entworfenen Charakteristik ein. Dagegen aber glauben wir, unsere Ansicht, soweit sie den untauglichen Versuch betrifft, erst noch durch ein Beispiel rechtfertigen zu müssen. Setzen wir daher den Fall, dass der Täter, der das erste Mal mit Stecknadeln Kunstschlösser zu öffnen sich vermass oder die schweren Eisenplatten eines diebessicheren Tresors mit einem Hammer zu zertrümmern versuchte, um sich den Weg zu der zu stehlenden Sache zu bahnen, statt der Stecknadeln Dietriche anwendet, oder statt des Hammers sich einer mit Thermit gesättigten Stichflamme bedient, so kann jetzt die Wegnahme derselben fremden Sache, deren Aneignung ihm das erste Mal nicht gelang, seine verbrecherische Tätigkeit enden und somit ein vollendetes Verbrechen zur Entstehung bringen.

II. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuches und des Wahnverbrechens (i. w. S.)

A. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuches. (Versuch mit untauglichen Mitteln.)

§ 8. Vorwort.

Der einheitliche Begriff „untauglicher Versuch“ ist unsererseits im Vorausgegangenen dadurch zerspellt worden, dass wir den Versuch am nicht existierenden Objekt aus ihm ausgeschieden und dem des Wahnverbrechens i. w. S. unterstellt haben. Mit Rücksicht darauf aber, dass die bisherige Litteratur nur ganz

selten gewisse Fälle des untauglichen Versuchs als Wahnverbrechensfälle begriffen hat, weisen natürlich die Theorien, welche die Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs betreffen, keine Behandlung der Versuchsfälle auf, die der im ersten Teile unserer Arbeit getroffenen begrifflichen Scheidung der untauglichen Versuchsfälle entspräche. Daher müssen wir, um doch eine sachgemässe Untersuchung der Theorien herbeizuführen, von der folgerichtigen Innehaltung der im ersten Teile gegebenen Unterscheidung insofern abweichen, als wir dieselben vollständig beim untauglichen Versuch (Versuch mit untauglichen Mitteln) abhandeln und uns bei dem dem Wahnverbrechen i. w. S. unterstellten Versuch am nicht existierenden und physisch untauglichen Objekte mit einer Bezugnahme begnügen.

§ 9. Die Theorie des Reichsgerichts und v. *Buri's*.

Da unser Strafgesetzbuch — entgegen früheren deutschen Partikularstrafrechten — die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht durch eine ausdrückliche Bestimmung regelt, eine bestimmte Stellungnahme, zu den diese Frage in verschiedenem Sinne lösende Theorien wegen des Fehlens einer herrschenden Meinung — ausweislich der Motive zu unserem Strafgesetzbuche — sogar absichtlich vermeiden wollte, glauben sehr viele Autoren — ungeachtet ihrer Billigung verschiedener Theorien — übereinstimmend aus dem in Frage kommenden § 43 unseres Strafgesetzbuches eine Antwort darauf, ob alle Versuchsfälle unterschiedslos der Strafe verfallen sind oder ob die Verhängung der Strafe besonders geartete Versuchsfälle fordert, nicht geben zu können.

Wer die uns jetzt beschäftigende Frage an der Hand unseres Strafgesetzbuches lösen zu können nicht glaubt, muss, wie das R.-G. richtig ausführt, „aus inneren Gründen"[1] die Grenze der Strafbarkeit des Versuches zu bestimmen sich bemühen.

Diese Grenze, jenseit deren die Strafbarkeit des Versuches nach der in wiederholten Urteilen des R.-G. ausgesprochenen Ansicht beginnt, ist dann gegeben, sobald sich der verbrecherische Wille „als diejenige Erscheinung, gegen welche sich das Straf-

---

[1]) E. I, S. 441.

gesetz im Versuche richtet“, in einer nicht mehr als Vorbereitungshandlung sich charakterisierenden Handlung offenbart hat.

Diese Auffassung des R.-G., welche im Falle des Versuches im verbrecherischen Willen diejenige Erscheinung sieht, gegen welche das Strafgesetz sich wendet, hat keinen Anspruch auf Originalität. Hat doch *v. Buri* bereits mehr als zehn Jahre früher die gleiche Ansicht vertreten und wissenschaftlich begründet. Nach einer solchen Grundlage sucht man u. E. in den Entscheidungen des R.-G. vergebens, dessen Stellung in dieser Frage vielmehr eine „dem Interesse der öffentlichen Ordnung“ aus praktischen Erwägungen angepasste ist. Denn nachdem das R.-G. die Fehlerhaftigkeit aller bisherigen Unterscheidungsmerkmale, welche als Massstab für die Bestrafung bezw. Straflosigkeit der Versuchsfälle dienen sollen, nachgewiesen zu haben glaubt, ohne an die Stelle der alten Merkmale andere zu setzen, ergab sich für das R.-G. eine gewisse Zwangslage.[1] Musste es sich doch entscheiden, ob es alle Versuchsfälle, zwischen denen für das R.-G.[2] nunmehr kein Unterschied obwaltete, gleichermassen für strafbar erklären, oder straffrei ausgehen lassen wollte. Indem es aber ersteren Weg wählte, war es nach einem einheitlichen, die Strafe für alle Versuchsfälle unterschiedlos begründenden Umstand zu suchen genötigt. Dieser bot sich dem R.-G. in Gestalt des bei allen Versuchsfällen vorhandenen „verbrecherischen Willens“ dar, der daraufhin vom R.-G. ohne jedwede nähere Begründung als diejenige Erscheinung bezeichnet wurde, gegen welche das Strafgesetz im Falle des Versuches sich wendet.

Die Vermutung liegt nun nahe, dass das R.-G. die Richtigkeit seiner Behauptung durch die Ausführungen *von Buri*'s. die, wie *Rohland*[3]) richtig annimmt, den Vorwurf zur Stellung des R.-G. in dieser Frage bildeten, hinreichend erwiesen erachtete. Infolgedessen werden wir unsere Betrachtung vorerst einige Zeit von der Stellung des R.-G. abwenden und uns ausschliesslich mit *v. Buri* beschäftigen.

Dieser geht in seinen diesbezüglichen Ausführungen von der unzweifelhaft richtigen Beobachtung aus, dass im Falle des

---

1) E. 8, S. 203.

2) E. I, S. 442.

3) Derselben Ansicht auch Birkmeyer, G.-S. 1885. S. 298.

Gegebenseins eines Versuchs stets dem sogenannten objektiven Tatbestand eines vollendeten Verbrechens ein Merkmal fehlt. Die Folgerungen aber, welche er aus diesem Ausgangspunkt zieht, finden nicht unsere Billigung. Behauptet doch *v. Buri,*[1]) „dass, wenn aus dem objektiven Tatbestande des vollendeten Verbrechens auch nur das geringste Moment fehlt, die ganze objektive Vorliegenheit vollständig bedeutungslos werde, und dass allein der in äusserer Gestalt dem Strafgesetz entgegen getretene verbrecherische Wille das strafbare Moment im Versuche sei, die objektive Seite des Versuches aber nur insoweit Berücksichtigung verdiene, als sie gerade dem Willen äussere Gestalt verleihe“. Denselben Gedanken finden wir in einer Abhandlung desselben Schriftstellers im Gerichtssaal vom Jahre 1867, S. 60.

Wir können uns *v. Buri's* Ausführungen um deswillen nicht zu eigen machen, weil, wie *Cohn*[2]) richtig ausführt, der Mangel eines Tatbestandsmerkmals im Falle des Versuches nur beweist, dass kein vollendeter Verbrechenstatbestand zur Entstehung gelangt ist, nicht aber, dass dadurch der Schluss auf die gänzliche Bedeutungslosigkeit des objektiv Geschehenen für das Recht gerechtfertigt ist.

Eine eingehendere Begründung dieser Behauptung, dass „die objektive Seite des Versuches keinen vom Willen unabhängigen objektiven Wert hat, dass sie nicht, wie auch der objektive Tatbestand des vollendeten Verbrechens eine vom Willen unabhängige Bedeutung besitzt“, findet sich weder in den „Abhandlungen“ noch im Gerichtssaal vom Jahre 1867. Erst in *Goltdammers*[3]) Archiv vom Jahre 1877 wird der Nachweis der Richtigkeit hierfür durch eine Gegenüberstellung des objektiv Geschehenen im Falle des Versuchs und der Vollendung angetreten, ohne aber Anspruch auf Ueberzeugungskraft erheben zu dürfen. Denn wenn *v. Buri* behauptet, dass, „falls ein Mensch von einem anderen Menschen getötet worden ist, der objektive Tatbestand der Tötung in seinem vollen Umfange vorliege, mag der Wille des Täters auf Herstellung dieses Tatbestandes gerichtet gewesen sein, oder dieser Effekt seinem Willen widersprechen —

---

[1]) v. Buri, Abhandlungen S. 54.

[2]) Cohn, Versuchtes und unvollendetes Verbrechen S. 157.

[3]) v. Buri, G.-A. 25. S. 265. „Ueber das Wesen des Versuchs.“

mag die Tötung schuldvoll oder zufällig, aus Notwehr, durch einen zurechnungsfähigen oder unzurechnungsfähigen Menschen stattgefunden haben", so ist dies unrichtig. Vielmehr dürften *Baumgarten*[1]) und *Cohn*[2]) mit ihrer Ansicht Recht haben, dass die von einem Zurechnungsunfähigen verursachte Tötung den Kriminalisten ebensowenig interessiert wie die durch Zufall erfolgte. Wenn dagegen andererseits *v. Buri,*[3]) um den vom Willen losgelösten Tatbestand eines Versuches als objektiv nicht erheblich hinzustellen, folgendes Beispiel anführt: „Ist etwa eine Frauensperson zu Boden geworfen worden, so ist das, objektiv betrachtet, ein strafrechtlich durchaus irrelevantes Geschehnis. Es liegt namentlich weder ein objektiver Teil eines Raubes, einer Notzucht, noch eines Mordes vor. Darum kann aber auch dieser bedeutungslosen Materie durch den Willen, dass sie objektiv bedeutungsvoll sein, den objektiven Teil eines Raubes usw. darstellen solle, eine solche Bedeutung nicht verliehen werden . . .", so beweist auch dies Beispiel nicht das, was *v. Buri* mit ihm beweisen will.

Wenn nämlich *v. Buri* behauptet, dass das in diesem Falle Geschehene — objektiv betrachtet — etwas strafrechtlich Irrelevantes sei, so glauben wir ihm mit Recht erwidern zu dürfen, dass er diesem Geschehnis eine objektive Bedeutung nur dann absprechen kann, wenn seine Beobachtungsweise keine objektive, sondern eine durchaus subjektive ist. Hat doch ebenso wie im vorausgegangenen Beispiel die jetzige Tat eine objektive Bedeutung im *v. Buri*'schen Sinne, es sei denn, dass *v. Buri* jetzt behaupten wollte, dass er nicht in dem Hinwerfen einer Frauensperson den objektiven Tatbestand einer Beleidigung oder Körperverletzung erblicke.

So sehen wir also, dass unterschiedslos in denjenigen Fällen, in welchen das Geschehene nach *v. Buri's* Meinung eine strafrechtlich selbständige Bedeutung besitzt, wie in denen, in welchen für *v. Buri* etwas selbständig Objektives nicht vorhanden ist, der verbrecherische Wille gleichmässig benötigt wird, mag durch ihn erst die Tat zu einer das Strafrecht interessierenden gestaltet,

---

[1]) Baumgarten, Lehre von Versuch d. Verbrechen, S. 302.
[2]) Cohn, ebenda, S. 157.
[3]) v. Buri in G.-A. 25 S. 365.

mag durch ihn derselben ihr juristisches Gepräge aufgedrückt werden.

Wenn wir somit schon den Ausgangspunkt, welcher *v. Buri* veranlasste, beim Versuche im verbrecherischen Willen diejenige Erscheinung zu ersehen, gegen welche sich das Strafgesetz wendet, mit Recht als einen irrigen dargelegt zu haben glauben, so werden wir natürlich um so bereitwilliger *Rosenberg* beitreten, der aus anderen als den von uns angeführten Gründen die *v. Buri*'sche Auffassung über das am Versuche strafrechtlich Bedeutsame bekämpft.

Nachdem auch *Rosenberg* dem R.-G. den Vorwurf gemacht hat, dass es ohne Beweis den Satz „im Versuche ist der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung, gegen welche das Strafgesetz sich wendet“[1]) „als ein ganz selbstverständliches, über jeden Zweifel erhabenes, unbestrittenes und unbestreitbares Prinzip — als juristisches Dogma“[2]) — hingestellt hat, beweist er u. E. treffend mit den nachfolgenden Ausführungen, warum der verbrecherische Wille nicht diejenige Erscheinung sein kann, gegen welche sich das Strafgesetz im Versuche wendet.[3])

„Der Gegensatz zwischen dem versuchten Delikt und dem vollendeten Delikt liegt doch sicher nicht in der Verschiedenheit des verbrecherischen Willens; der verbrecherische Wille ist doch ganz gewiss kein spezifisches Kennzeichen des Versuchs, keine charakteristische Eigentümlichkeit desselben, sondern das gemeinsame Merkmal, welches bei allen vorsätzlichen Delikten von Anfang bis zu Ende in gleicher Weise vorhanden ist. Nehmen wir z. B. folgenden Fall: A und B schiessen gleichzeitig auf C in der Absicht, denselben zu töten. Die Kugel des A fliegt ohne zu treffen an C vorüber; die Kugel des B trifft und tötet den C. Offenbar hat A genau denselben verbrecherischen Willen gehabt wie B. Allerdings kann es vorkommen, dass bei einer Versuchshandlung der verbrecherische Wille noch nicht so bestimmt ausgeprägt ist, wie in einem späteren, weiter vorgeschrittenem Stadium der Tat, dass dieser Wille im Anfang der Ausführung noch schwankend und unsicher ist, dass er sich erst

---

[1]) Rosenberg, Z. 20. S 686, 687. „Ueber die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.“

[2]) S. 686.

[3]) Z. 20. S. 686/687,

allmählich festigt und kräftigt. Allein umgekehrt ist es ebenso gut möglich, dass der bereits vorhandene, bestimmt ausgeprägte verbrecherische Wille noch im letzten Stadium der Ausführungshandlung erschüttert wird und seine frühere Festigkeit verliert.[1])

Mit diesem Nachweise ist aber auch gleichzeitig dem R. G. das Recht genommen, beim Versuche gerade im verbrecherischen Willen diejenige Erscheinung zu finden, gegen welche sich das Strafgesetz wendet. Denn, wie ausgeführt, bringt das R. G. selbständige wissenschaftliche Gründe, welche einer besonderen Widerlegung bedürften, hierfür nicht bei, es sei denn, dass jemand in der Kritik, welche das R. G. an den die Versuchsfälle nach bestimmten Merkmalen kategorisierenden Theorien übt, gleichzeitig eine Begründung des reichsgerichtlichen Standpunktes selbst zu finden vermöchte. Einer solchen Ansicht beizutreten wären wir ausserstande, da u. E. durch den als erbracht angenommenen Beweis der Unhaltbarkeit anderer Theorien die Berechtigung der eigenen noch nicht erhellt. Da, wie wir oben ausführten, das R. G. gewissermassen gezwungen sich dazu verstehen musste, beim Versuch den verbrecherischen Willen als das die Strafe begründende Moment anzusprechen, wird es jetzt unsere Aufgabe sein, an der Hand der Theorien bedeutender Rechtslehrer zu untersuchen, ob die Zwangslage, die zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit aller Versuchsfälle unterschiedslos zu wählen zwingt, eine sachlich gerechtfertigte oder eine nur aus irrigen Deduktionen herrührende ist.

§ 10. Die Theorie *Feuerbachs*.

Als unterscheidendes Merkmal der einzelnen Versuchsfälle wird seitens *Feuerbachs*[2]) der Umstand angesehen, ob die Handlung selbst ihrer äusseren Beschaffenheit nach mit dem beabsichtigten Verbrechen im ursächlichem Zusammenhange steht oder ob es an einer solchen kausalen Verknüpfung fehlt. Im ersteren Falle ist die Handlung nach *Feuerbachs* Ansicht objektiv gefährlich, im letzteren nicht. Nur im ersteren Falle soll nach *Feuerbach* eine Bestrafung des Täters angezeigt erscheinen, „weil bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem äusseren Recht widersprechende

[1]) Rosenberg, Z. S. 20. 686/687.

[2]) Feuerbach, § 42.

Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt oder gefährdet.“[1])

Es fragt sich nun, ob eine auf dem Vorhandensein bzw. Fehlen einer ursächlichen Beziehung aufgebaute Unterscheidung der Versuchsfälle richtig oder falsch ist.

Wir tragen kein Bedenken, diese Klassifizierung der Versuchsfälle zu verwerfen. Mit dem R. G. sind wir nämlich der Meinung, dass „für den Erfolg eine Handlung nie kausal ist, wenn der Erfolg nicht eingetreten; der Nichteintritt zeigt eben, dass die Handlung nicht kausal war.[2])

Denn wie *Lammasch*[3]) durchaus zutreffend ausführt, fordern wir, um von der Ursache einer Wirkung zu sprechen, dass alle für dieselbe nötigen Bedingungen vorliegen, bei deren Gegebensein dann auch auf jeden Fall der Erfolg wie gewünscht eintritt. Indem nun bei jedem Versuch der gewünschte Erfolg ausbleibt, ergibt sich klar, dass nicht alle Bedingungen, welche für die Bildung der zur Herbeiführung der verlangten Wirkung erforderlichen Kausalitätskette benötigt werden, gegeben sind. Mit dem Fehlen aber auch nur einer Bedingung ist das Recht, vom Gegebensein einer Kausalität zu sprechen, genommen.

Dieser Ausführung müssen u. E. auch diejenigen beitreten, welche nicht, wie *v. Buri* alle für den Erfolg nötigen Bedingungen gleichmässig veranschlagen, sondern auch die, welche die Bedingungen verschieden werten und infolgedessen im Falle des Versuches beurteilen zu können glauben, ob viel oder wenig zur Schliessung der Kausalitätskette fehlte.

Auch für den, der eine solche Kausalitätstheorie als richtig anerkennt, darf kausal nur das heissen, was wirklich verursachte, nicht aber das, was nur die mehr oder minder nahe Wahrscheinlichkeit für den Erfolgseintritt eröffnete ohne Rücksicht darauf, welche Bedingungen zur Entstehung der notwendigen Kausalität fehlten, ob das die Entstehung derselben verhindernde Moment „im Verlauf der Handlung eingetreten oder bereits bei deren Beginn vorhanden war, ob die vom Täter nicht in Rechnung gezogenen ausser ihm liegende Verhältnisse oder Tätigkeiten sind,

---

[1]) Feuerbach, § 42, Note c.

[2]) E. I, S. 442.

[3]) Lammasch: „Moment objektiver Gefahr,“ S. 5.

oder ob er über die Wirksamkeit seiner eigenen Handlungen geirrt, ob über die Wirksamkeit eines gebrauchten Mittels seiner Art oder Menge nach oder seiner Anwendung nach, ob über das als Mittel gebrauchte Objekt selbst oder über die ihm beigemessenen oder übersehenen Qualitäten."[1])

Indem wir somit die Fehlerhaftigkeit der von *Feuerbach* auf dem Gegebensein bezw. Fehlen der Kausalität aufgebauten Hauptunterscheidung zwischen den Versuchsfällen nachgewiesen zu haben glauben, ist auch für sein auf das Vorliegen oder die Abwesenheit einer Gefahr abgestelltes Kriterium kein Platz mehr. Denn zu eng ist dieses Kriterium mit dem oben widerlegten verknüpft; hat doch *Feuerbach* Gefahr gleich vorhandener Kausalität, Gefahrlosigkeit gleich mangelnder Kausalität gesetzt. Da aus dem *Feuerbach*'schen Bau die Hauptsäule, die das Ganze trug, herausgebrochen wurde, musste natürlich der Bau in sich zusammenbrechen.

Es bleibt uns aber die Hoffnung, dass dasjenige Stück, welches unserer Ansicht nach in der *Feuerbach*'schen Theorie das wertvollste ist, nämlich die Unterscheidung zwischen gefährlichen und ungefährlichen Versuchsfällen bei einem Neubau — befreit von der ungesunden Verbindung mit der Kausalität, die nur den grundsätzlichen Gegnern jeder objektiven Theorie willkommene Veranlassung gab, die gesamte *Feuerbach*'sche Theorie als unrichtig hinzustellen, — zum Hauptpfeiler der von uns gebilligten Theorie benützt werden könne.

§ 11. Die Theorie *Mittermaier*'s.

Da für eine naive, in das Wesen der Kausalität nicht tiefer eindringende Betrachtung derjenigen Umstände, welche die Handlung ihren Erfolg nicht erreichen liessen und ihr Steckenbleiben im Versuchsstadium bedingten, der Mangel physischer Eignung des Objekts, an welchem der Erfolg hervorgerufen werden sollte, sowie das Ungeeignetsein eines Mittels hierfür als Grund des Versuches am ehesten einleuchteten, so war es nur zu erklärlich, dass die unterschiedliche strafrechtliche Behandlung der Versuchsfälle aufgebaut werden sollte auf dem

---

[1]) E. I. S. 443.

verschieden starken Einfluss, den Objekt oder Mittel auf das Fehlschlagen der Handlung ausübten.

Als erster, der diesen Unterschied in die Wissenschaft einführte, darf wohl *Mittermaier*[1]) gelten. Dieser teilte die Mittel ein in solche, „welche gar nie, unter keinen Umständen das Verbrechen zur Entstehung bringen können, z. B. die Benützung von Gebeten oder anderen sympathetischen Mitteln zur Tötung eines Menschen.“ Einen Versuch mit solchen Mitteln will *Mittermaier* von jeder Strafe frei lassen. Den soeben besprochenen Mitteln stellt *Mittermaier* die „blos unzulänglichen, welche an sich zweckmässig sind, aber in konkreto den Erfolg nicht hervorbrachten“ gegenüber. Die Anwendung dieser letzteren hingegen erklärt *Mittermaier* für strafbar.

Auf ähnliche Weise will er die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Objekt festgestellt wissen.

Diese Unterscheidung wurde im Laufe der Zeiten insoweit abgeändert, als anstelle von „unter keinen Umständen“ das Wort „absolut“ und anstelle von „unzulänglich“ „relativ“ gesetzt wurde. Mit dieser Aenderung versehen, errang sich diese Theorie eine herrschende Stellung,[2]) die erst in jüngster Zeit trotz bereits früher gemachter Bemühungen erschüttert wurde.[3])

Was zunächst die auf dieser Basis vorgenommene Unterscheidung der Objekte anlangt, so erscheint uns dies grundsätzlich richtig getroffen; denn jeder kann sich überzeugen, dass an gewissen Objekten unter keinen Umständen und durch kein Mittel ein bestimmter Erfolg hervorgerufen werden kann. Zum Beweis hierfür sei auf einen toten Körper hingewiesen, dem erst noch das Leben zu entziehen ausserhalb des Bereiches jeder Möglichkeit liegt. „Toter als tot werden kann niemand“, sagt ein bekanntes Scherzwort und trifft damit den Nagel auf den Kopf. Ebenso ergibt sich, wenn man einem gewissen Stoffe zB. dem Teer unter Benutzung der technisch vollkommensten Verfahrensart das Anilin oder sonstige Teernebenprodukte entzogen sind, die Unmöglichkeit, dieselbe Ausbeute aus demselben

---

[1]) Mittermaier, N. A. I S. 183 ff. u. 194.
[2]) v. Liszt, Lehrbuch S. 188
[3]) Baumgarten, Lehre vom Versuch der Verbrechen S. 241.

Stoffe durch irgend ein anderes Verfahren noch einmal zu gewinnen.[1]) Solche Objekte werden mit Recht als absolut untaugliche bezeichnet.[2])

Dahingegen gibt es wieder Objekte, an welchen nur durch gewisse Mittel bestimmte Erfolge hervorgerufen werden können, während andere hierzu durchaus ungeeignet sind. Der gepanzerte Mensch z. B. kann nicht durch einen Dolchstoss aus dem Leben geschafft werden, eine kleinkalibrige Gewehrkugel aus der richtigen Entfernung abgeschossen vermag dies hingegen ganz wohl. Aus Steinkohle durch Unterhalten eines Zündholzes Leuchtgas zu verfertigen, vermögen wir nicht, wohingegen die Leuchtgasfabrikation aus demselben Rohstoffe, freilich unter Benützung durchaus anderer technischer Hülfsmittel in unseren Gasanstalten tagtäglich erfolgt.

Solche Objekte, an denen, je nach der angewendeten Verfahrensart bald der Erfolg hervorgerufen werden kann, bald unerreichbar ist, hat man, um das „Beziehungsverhältnis" sprachlich zu kennzeichnen, richtig als relativ untaugliche bezeichnet.

Die Berechtigung zu einer von den gleichen Voraussetzungen wie bei der Kategorisierung der Objekte ausgehenden Unterscheidung der Mittel möchten wir hingegen bestreiten; gibt es doch im allgemeinen kein Mittel, welches, wie es das begriffliche Wesen des absolut untauglichen Mittels zu seiner Existenz verlangt, unter keinen Umständen den gewünschten Erfolg herbeizuführen imstande ist. Denn indem als das charakteristische Merkmal des absolut untauglichen Mittels die unter allen Umständen mangelnde Fähigkeit, den Erfolg herbeizuführen, hingestellt wird, sind wir, ohne uns einer Willkürlichkeit schuldig zu machen, deren uns vielleicht *Cohn*[3]) zeihen wird, berechtigt uns die Umstände beliebig zusammen zu stellen, unter denen wir die absolute Untauglichkeit des Mittels auf die Probe stellen wollen. Wenn wir von dieser uns ohne Zweifel zustehenden Freiheit

---

[1]) Den hiergegen etwa erhobenen Einwand, dass eine spätere Zeit uns den Nachweis mangelnder Ausbeute eines bestimmten Stoffes erbringen könnte, glauben wir durch die Bemerkung hinreichend zurückzuweisen, dass alle unsere Urteile auf dem jeweiligen Stande unserer Erkenntnis fussen.

[2]) cf. Oetker, G. A. 26. S. 278.

[3]) Cohn, G. A. 28. S. 368.

Gebrauch machen, dann dürfte *Scherer* gar schnell seine Gegner der an sie ergangenen Aufforderung, ihm doch zu beweisen, „wie durch fortwährendes Spannen und Abdrücken eines ungeladenen Gewehres der Mord eines Menschen begonnen wird",[1]) nachkommen sehen. Brauchen wir uns doch nur als Angegriffenen einen hochgradig nervös erregten Menschen vorzustellen, so wird auf dessen Nerven durch die am Gewehr vorgenommenen Hantierungen derart eingewirkt, dass der Tod durch Schreck eintreten kann.[2]) Der Gedankengang, welcher *Scherer* zu dieser siegesgewissen Aufforderung der Gegner, ihm doch durch ein Experiment die Richtigkeit ihrer Behauptung darzutun, veranlasste, ist leicht erkennbar. *Scherer* nämlich stellte sich vor, dass mit einem ungeladenen Gewehr trotz ungezählten Zielens und Abziehens des Hahnes doch niemals der Tod jemandes auf die übliche Art und Weise, nämlich infolge einer durch Zerreissen der Gewebe herbeigeführten Verblutung, verursacht werden könnte. Da *Scherer* aber gemäss der oben angeführten begrifflichen Erfassung des Wesens des absolut untauglichen Mittels bei der Behauptung, dass ein Mittel ein absolut untaugliches sei, an alle beliebige Kombinationen zu denken verpflichtet ist, so können wir nach dem eben Dargelegten in einem ungeladenen Gewehr kein absolut untaugliches Tötungsmittel mehr sehen.[3])

Unter den gleichen Voraussetzungen, wie im obigen Beispiel, vermag das berühmte Totbeten in Wirklichkeit für den Tod jemandes kausal zu werden. Auch in ihm also können wir keinen Vertreter der Kategorie der absolut untauglichen Mittel erblicken.

Keineswegs haltbarer aber als der Begriff der absolut untauglichen Mittel dünkt uns der der nur relativ untauglichen. Mit

---

[1]) Scherer, G. S. 29. S. 488.

[2]) Oetker Z. 17. S. 56. „Der Versuch und die schweizerischen Gestzentwürfe."

[3]) Den Nachweis, dass ein ungeladenes Gewehr kein absolut untaugliches Mittel zur Tötung sei, dadurch, wie es Baumgarten S. 251 tut, erbringen zu wollen, dass man sich dieses nur als Knüttel verwendet zu denken braucht, halten wir nicht für richtig; denn nur dadurch, dass anstelle des wirklich erfolgten Zielens und Abziehens des Gewehrhahns das Schlagen mit dem Gewehrkolben unterstellt wird, gelingt der Beweis. Anstelle der konkreten Verwendungsart aber eine erdachte zu setzen, gestattet der Begriff des absolut untauglichen Mittels nicht. —

dem R.-G.[1]) sind wir vielmehr der Meinung, dass das Ausbleiben des Erfolges diese auf ein und dieselbe Stufe mit den absolut untauglichen Mitteln gestellt hat. Trotz dieser äusseren Gemeinschaft soll, wie *Cohn*[2]) behauptet, beide Arten von Mitteln eine tiefe innere Verschiedenheit, nämlich die nur den relativ untauglichen Mitteln eigene potentielle Kausalität trennen. Der Annahme dieses Unterschieds aber müssen wir entgegentreten, weil wir begründete Bedenken gegen die Daseinsberechtigung der potentiellen Kausalität zu haben vermeinen. Kann doch diese nur dadurch bestehen, dass sowohl diejenigen Bedingungen als gegeben unterstellt werden, bei deren Vorliegen der Erfolgseintritt sicher ist, als auch diejenigen, deren Gegebensein das Ausbleiben des Erfolges unerlässlich nach sich zieht. Da aber bei jeder Handlung entweder nur die einen oder die anderen in Wirklichkeit gegeben sein können, so erhellt, dass jemand, der einem Mittel potentielle Kausalität beilegt, nicht die konkrete Tat zum Gegenstand seiner Beurteilung macht, sondern sich in Willkürlichkeiten ergeht.

Denselben Vorwurf müssen wir *Rohland* machen, da für diesen die Tauglichkeit eines Mittels trotz ausgebliebenen Erfolges nicht aufhört, wofern dasselbe nur „unter den gewöhnlich im Leben vorhandenen Bedingungen in einer bestimmten Art angewendet, mit grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen".[3]) Denn auch *Rohland's* Urteil über die Tauglichkeit eines Mittels beruht nicht auf dem, was wirklich geschehen ist, sondern „was bei anderer konkreter Sachlage geschehen wäre".[4])

Ebenso wenig erscheint uns *Oetkers* Vorschlag die in konkreto untauglichen Mittel mit Rücksicht darauf zu kategorisieren, ob das angegebene Objekt für alle denkbaren Mittel unempfänglich ist (der Leichnam für alle Mittel der Tötung), oder nur für bestimmte Kategorien von Mitteln (der völlig Taube für gesprochene Worte), oder nur für ein bestimmtes einzelnes Mittel (der Schwerhörige für leise gesprochene Worte) und die in den beiden ersten Beispielen verwandten Mittel als relativ untaug-

---

[1]) E. I. S. 442; E. XVII. S. 159; E. XXXVI. S. 219.

[2]) Cohn G. A. 28. S. 365.

[3]) Rohland Gefahr S. 95.

[4]) E. 34 S. 219.

liche Mittel zu bezeichnen, als annehmbar.[1]) Denn wenn *Oetker* z. B. sagt, dass der Unterschied zwischen den zur „Tötung“ einer Leiche benützten Mitteln und den zur Verständigung mit einem Tauben gesprochenen Worten darin bestehen soll, dass im ersten Falle alle Mittel ungeeignet sind, im letzten dagegen nur eine Kategorie sich zur Erfolgsherbeiführung nicht eignet, so ist nicht recht ersichtlich, weshalb *Oetker* nicht auch für den letzten Fall behauptet, dass diesem Objekt gegenüber alle Mittel der Verständigung versagen. Verbietet sich doch eine Rechtfertigung für den behaupteten Unterschied mit dem etwaigen Hinweis darauf, dass mit einem Tauben auch eine andere Verständigung als durch Laute, nämlich durch Zeichen möglich ist, mit Rücksicht auf die notwendige Beobachtung der konkreten Verumstandung des in Frage stehenden Einzelfalls.

Auch darin können wir *Oetker* nicht beipflichten, dass leise gesprochene Worte einem mit normalem Gehörvermögen Versehenen gegenüber nur ein einzelnes untaugliches Mittel darstellen. Denn der Oberbegriff „Worte“ weist doch ohne Zweifel als eine der Kategorien, in die er zerfällt, die Kategorie „leise Worte“ auf.

Da wir also einerseits gesehen haben, dass der Begriff „relativ untaugliche Mittel“ weder auf die Art, wie ihn *Cohn* und *Rohland* verstanden wissen wollen, noch auf die, wie ihn *Oetker* vorschlägt, haltbar ist, wir aber bereits früher die Unrichtigkeit des Begriffs der absolut untauglichen Mittel nachgewiesen haben, so müssen wir dem R.-G. durchaus Recht geben, wenn es auf diesen Unterschied, den auch ein so hervorragender Vertreter der objektiven Theorie wie *Geyer*[2]) „als in der Tat unhaltbar und unfassbar“ bezeichnet hat, die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit der Versuchsfälle nicht aufbauen will.

Wenn auch der Unterschied, welcher nach dieser Theorie für die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit der Versuchsfälle massgebend sein soll — sofern das Ausbleiben des Erfolges durch das Objekt veranlasst ist im Vorausgegangenen als vorhanden nachgewiesen worden ist, so erscheint es uns doch nicht gerade angemessen,

---

[1]) Oetker Z. 17. 5. 56.

[2]) Geyer, Z. I. S. 33.

eine Theorie, welche den Fällen des Versuchs mit untauglichen Mitteln nicht gerecht wird, für den Versuch am untauglichen Objekt zu verwenden. Wir halten es vielmehr für angezeigt, nach einer Theorie zu suchen, welche die zur Unterscheidung der strafbaren von den straflosen Versuchen bestimmten Merkmale derart auswählt, dass dieselbe bei allen Versuchsfällen gleichmässig verwendbar ist.

§ 12. Die Theorie *Geyer's*.

Konnten wir uns ganz vor kurzem zur Bekräftigung einer von uns vertretenen Ansicht auf die Autorität *Geyers* berufen, so müssen wir ihm jetzt um so energischer entgegentreten. Denn die von *Geyer* zur Unterscheidung der strafbaren von den straflosen Versuchsfällen aufgestellte Theorie scheint uns ebensowenig wie die im Vorausgegangenen bereits besprochenen Theorien kritischen Einwänden gegenüber haltbar. *Geyer*[1]) will nämlich die Versuchsfälle nach dem Gesichtspunkte geschieden wissen, ob dieselben eine, wenn auch nur teilweise Realisierung der Absicht des Täters in sich schliessen, oder ob sie derselben entbehren. Im ersteren Falle soll der Täter bestraft werden, im zweiten hingegen straffrei bleiben.[2])

Es fragt sich nun, ob in Wirklichkeit der einen Art von Versuchsfällen die teilweise Verwirklichung der Absicht des Täters eigen ist, während dieselbe der anderen Art abgeht. Wir sind nicht dieser Ansicht, behaupten vielmehr, dass allen Versuchsfällen unterschiedslos der völlige Mangel der Verwirklichung der Absicht des Täters eigentümlich ist. Denn die unerlässliche Voraussetzung für die Richtigkeit der *Geyer*'schen Behauptung ist, dass sich diejenigen Versuchsfälle, denen nach Ansicht *Geyers* eine teilweise Verwirklichung der Absicht eignet, nicht qualitativ,

---

[1]) Geyer, „Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen" in G. S. 1866 S. 42.

[2]) Veranlasst ist diese Kategorisierung dadurch, dass Geyer das Strafrecht des Staates bei den dolosen Handlungen von zwei Bedingungen abhängig macht, nämlich 1) von der auf Verletzung eines strafrechtlich geschützten Gutes gerichteten Absicht und 2) von deren Verwirklichung. In Folge des letzteren zur Begründung der Strafe notwendigen Umstandes ist jede Strafe ausgeschlossen, sofern nicht wenigstens eine teilweise Verwirklichung der bösen Absicht erfolgt ist.

sondern nur quantitativ[1]) von der Vollendung unterscheiden. Dieser Nachweis aber dürfte *Geyer* gerade oft für diejenigen Versuchsfälle, deren Strafbarkeit für niemanden zweifelhaft ist, schwer werden. Setzen wir den Fall, dass jemand durch einen Schuss seinen Gegner zu töten beabsichtigt, dieser zwar auch von der Kugel getroffen, aber nicht getötet wird, ist dann etwa die auf Tötung gehende Absicht, wenn auch nur teilweise, erreicht?[2]) Wir verneinen dies entschieden, da u. E. der qualitative Unterschied zwischen dem Erstrebten und dem Erreichten ein in die Augen springender ist.

Freilich, wenn man die Beispiele *Geyer's*[3]) liest, möchte man anfänglich anderer Ansicht werden. Er behauptet nämlich, dass die Absicht jemandes, der sich vornimmt, 50 Sprossen einer Leiter in die Höhe zu steigen, sobald er die zehnte oder fünfzehnte erreicht hat, teilweise realisiert sei.

Die Richtigkeit dieses Beispiels hängt aber, wie *v. Buri* treffend annimmt, von der stillschweigenden Veraussetzung ab, dass das Ziel auch wirklich erreicht werde. Um die Notwendigkeit dieser Voraussetzung darzutun, bringt *v. Buri*[4]) folgendes Beispiel: „Wenn A von B nach C gehen will, um dort ein Glas Bier zu trinken, und hat bereits den halben Weg zurückgelegt, steht aber nunmehr an einem breiten Graben, von dem es sehr zweifelhaft bleibt, ob er ihn werde überspringen können, wird man dann sagen, er habe sein Ziel zur Hälfte erreicht, oder wird man nicht vielmehr erst abwarten müssen, wie der Sprung über den Graben ausfällt, um sich entscheiden zu können? Und wenn dann A zu kurz springt und ins Wasser fällt, muss man dann nicht sagen, dass die bereits zurückgelegte Wegstrecke vergeblich zurückgelegt worden . . .?“

Gegen die Richtigkeit dieses Beleges geht *Cohn*[5]) u. E. mit einem anderen Beispiel vergebens vor. Denn wenn jemand „auf der Tour zwischen Halle und Berlin in Bitterfeld den Anschluss nicht erreicht hat,“ so werden wir *Cohn* zwar darin beitreten,

---

1) Ebenso Hertz, S. 69. Versuch mit untauglichen Mitteln.

2) Lammasch, Moment objektiver Gefahr, S. 14.

3) Geyer, G. S. 1866. S. 75.

4) v. Buri G. S 1867, S. 75.

5) Cohn, „Versuchtes und unvollendetes Verbrechen“, S. 261.

dass der betreffende Reisende „einige Meilen vorwärts gekommen ist,“ andererseits aber behaupten, dass des Reisenden Absicht, zu einer bestimmten Zeit in Berlin einzutreffen, dort sich mit einem alten Freunde zu verabredeter Stunde auf dem Bahnhof zu begegnen, auch nicht einmal teilweise verwirklicht ist.

Der Fehler, welcher denen, die entgegengesetzter Ansicht sind, unterläuft, besteht in einer Verwechselung des Begriffes Absicht mit dem des Vorsatzes. „Die Absicht nämlich geht auf ein Ziel;“ der Vorsatz aber auf die Mittel und Wege, welche zu diesem Ziele hinführen sollen.[1][2][3])

Wollte man aber, um die *Geyer*'sche Theorie zu retten, ihr insoweit entgegenkommen, dass man zum charakteristischen Merkmale der strafbaren Versuchsfälle die — wenn auch nur teilweise — Verwirklichung der Tätigkeit, die der Handelnde vorzunehmen sich vorgesetzt hat, forderte, so käme man zweifellos zur Bestrafung von Versuchsfällen, deren Straflosigkeit gerade *Geyer* durchaus angemessen erscheint. Denn auf Grund dieses Charakteristikums müssten wir auch den strafen, der in der irrigen Meinung, dass Zucker ein giftiger Stoff sei, mit Zucker jemandem das Leben nehmen wollte.

Für *Geyer* freilich ergäbe sich diese Folge nicht, da er in Fällen, wie dem eben angezogenen Beispiele wegen Fehlens eines für das wirklich Geschehene verantwortlich zu machenden Willens Straffreiheit eintreten liesse. Es fragt sich nur, ob diese Ansicht *Geyer*'s[4]), welche er als Konsequenz des Satzes „was er eigentlich will, tut er nicht, und was er tut, will er nicht“, in möglichster Kürze und Schärfe ausgedrückt hat, richtig ist. Auch dieser Satz kann nur so lange bestehen, als Vorsatz und Absicht nicht als zwei der rechtlich relevanten Willensbestimmung verschiedene Arten erkannt werden; nur durch ihre unberechtigte Gleichstellung kann dieser Satz seine auf den ersten Blick blendende Stellung behaupten. Denn dass jemand, der in dem irrigen Glauben, Zucker sei ein Gift, diesen Stoff zwecks Tötung einem anderen eingibt, vorsätzlich handelt,

---

[1]) Berner, Lehrbuch, S. 67/68.
[2]) v. Liszt, S. 148 und 150.
[3]) Lammasch, ebenda S. 15.
[4]) Geyer, Z. I. S. 37.

wird allseitig, ja sogar auf S. 38 von *Geyer*[1]) selbst anerkannt. Damit aber ist auch als unbestreitbar feststehend anzusehen, dass die für die Zurechenbarkeit jeder Tat notwendige subjektive Verschuldung gegeben ist. Wenn dies von *Geyer* damit bezweifelt wird, dass im obigen Beispiele die Tat in nichts der verbrecherischen Absicht entspreche, so ist damit die Verantwortlichkeit für die Tat durchaus nicht aufgehoben. Wird doch die Haftung für eine Handlung nicht durch eine — wenn auch nur teilweise — Verwirklichung der Absicht, sondern schon durch gegebenen Vorsatz allgemeiner Meinung nach hinreichend begründet, sofern die Handlung die objektiven Merkmale eines Verbrechens (in weiterem Sinne) gleichzeitig realisiert. Da diese u. E. für jede kriminelle Haftung gegeben sein müssen, würden auch wir den nicht strafen, der aus mangelhafter Kenntnis einer fremden Sprache seinen Feind, statt ihm eine Verbalinjurie zuzufügen, in Wirklichkeit aufs höchste mit seinen als schwerste Beleidigung vorgestellten Worten ehrt, wenn auch nicht, wie *Geyer*[2]) es tut, aus dem Gesichtspunkt fehlender Zurechenbarkeit des Geschehenen.

Wie inkorrekt *Geyer*'s Erfassung des Vorsatzbegriffs ist, geht deutlich aus einem Satze hervor, durch den er — per argumentum e contrario — die Unmöglichkeit der Zurechnung einer der Absicht nicht entsprechenden Tat zu beweisen sucht. *Geyer* führt nämlich aus: „Wenn jemand aus Versehen oder gar aus Zufall in harmloser Absicht eine an sich gefährliche Handlung begangen hat, ist man darüber einig, sie nicht dem Willen zuzurechnen.“[3])

Durch diesen Satz, dessen Richtigkeit unbestritten ist, beweist *Geyer* aber keineswegs, was er damit beweisen will. Kommt es doch nur deshalb im angezogenen Beispiele nicht zu einer kriminellen Haftung des Täters, weil dessen Handeln nicht einmal fahrlässig, geschweige denn vorsätzlich ist, wohingegen es im Falle der Verwendung von Zucker als „Tötungsmittel“ an einem dolosen Handeln nicht fehlt, durch welches der subjektive Tatbestand für eine Bestrafung hinreichend gegeben ist. Damit aber ist die völlige Unbrauchbarkeit der *Geyer*'schen Theorie zur Unterscheidung der strafbaren von den straflosen Versuchsfällen genügend

---

1) Geyer, Z. I. S. 38.
2) Geyer Z. I. S. 37.
3) Ebenda, S. 37.

dargetan. Denn wie früher nachgewiesen, führt die eine Interpretation des Satzes, „dass nur derjenige Versuch, welcher eine teilweise Verwirklichung der Absicht in sich schliesse, strafbar sein solle“, „weil es solche nicht gibt“[1]) zur gleichmässigen Straflosigkeit aller Versuchsfälle, die andere aber, wie soeben gezeigt, zur unterschiedslosen Strafbarkeit derselben. Wenn aber eine Theorie zu diesen Folgerungen führt, glauben wir dieselbe mit Recht als nicht geeignet verwerfen zu dürfen.

§ 13. Die subjektiv-objektive Theorie.

Bis jetzt also mussten wir dem R. G. darin beitreten, dass drei von den in der Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880 aufgeführten Theorien ihre Aufgabe, praktisch brauchbare und wissenschaftlich haltbare Unterscheidungsmerkmale zu liefern, nach denen die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit der Versuchsfälle bemessen werden kann, nicht erfüllt haben. War letztere Aufgabe den drei bis jetzt untersuchten Theorien nicht gelungen, so fragt es sich, ob eine Theorie, welche sich insofern von ihnen unterscheidet, als sie einen subjektiven Einschlag aufweist, welche als sogenannte subjektiv-objektive Theorie den „goldenen Mittelweg“ zwischen der subjektiven Theorie und der objektiven wählt, uns besser zum Ziele führen kann.

Das Kriterium, welches diese Theorie für die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit der Versuchsfälle massgebend sein lässt, beruht darauf, ob „die Handlung, wie sie in der Reflexion des Handelnden liegt und wie er sie beabsichtigt, wirklich ihrer objektiven Beschaffenheit nach zur Hervorbringung des fraglichen (vollendeten) Delikts tauglich ist, dass also auch das in der Reflexion des Handelnden liegende Mittel, mit anderen Worten das Mittel, welches der Handelnde anzuwenden glaubt,[2]) und der in der Reflexion des Handelnden liegende Gegenstand oder der Gegenstand, gegen welchen er seine Tätigkeit zu richten glaubt, in Wirklichkeit zur Vollendung des fraglichen Delikts und zur Hervorbringung des fraglichen Erfolges tauglich seien“ oder nicht. Hat so *Walther* in grosser Ausführlichkeit die Voraussetzungen

[1]) E. I., 442.
[2]) Walther, K. V. S. V., S. 34.

angegeben, die ein Versuch aufweisen muss, um nach der von ihm vertretenen Theorie ein strafbarer zu sein, so hat andererseits *Häberlin* — in der Sache mit *Walther* völlig einig — die Bedingungen der Strafbarkeit des Versuches dahin gekennzeichnet, dass die Handlung, falls „sie in der vom Täter beabsichtigten Weise wirklich ausgeführt wird, vollkommen geeignet sein muss, das Verbrechen ins Leben zu rufen".[1]) Die Bedeutung dieser abstrakten Formulierungen mag durch Beispiele aus dem Gebiete des Versuches mit untauglichen Mitteln und am nicht existierenden Objekte dargetan werden.[2]) Wenn eine Schwangere, welche ihre Schwangerschaft durch wirkliche Abtreibungsmittel beseitigen will, aus Verwechselung oder infolge pia fraus statt wirksamer hierzu unwirksame Mittel verwendet, so liegt nach der Auffassung dieser Theorie ein strafbarer Versuch vor. Dagegen haben wir es mit keinem strafbaren Versuch zu tun, wenn die Schwangere, in der Absicht, ihre Leibesfrucht abzutreiben, gleich von vornherein unwirksame wählt, z. B. durch Gummiarabikum[3]) ihre Schwangerschaft beseitigen will. Desgleichen geht derjenige straffrei aus, der durch einen Schuss auf den Schatten eines Menschen diesen selbst töten zu können glaubt und dementsprechend handelt. Strafe dagegen soll derjenige erleiden, der, um jemanden zu morden, sich dieserhalb im Dämmerlicht an den Ort hinbegibt, an dem, wie er weiss, sein Opfer vorbeikommen muss oder sich aufzuhalten pflegt und dort statt auf das Opfer selbst auf dessen Schatten den Schuss abgibt.

Diese strafrechtlich verschiedenartige Behandlung äusserlich gleichgearteter, auf denselben dolus zurückführbarer Taten soll, wie *Cropp*[4]) annimmt, sich durch kriminalpolitische Erwägungen rechtfertigen. *Cropp* nämlich glaubt, dass von demjenigen nichts mehr zu fürchten sei, der jemanden mit Beschwörungen habe töten wollen und das Verfehlte dieses Unternehmens später

---

1) Häberlin G. S. 1864. S. 232.

2) Kohler Studien I 19.

3) Dass Gummiarabikum in Wirklichkeit einmal als Abtreibungsmittel benutzt wurde, entnehmen wir G. S. 1859, S 478, Mittermaier.

4) Comment. de praeceptis iuris Romani circa puniendum conatum delinquendi, Heidelbergae 1813; sectio I pag. 35 ff. — da dieses Buch nicht erhältlich, nachgelesen bei Rubo in G. S. 1865, S. 19. —

erkannt habe. Andererseits ist er der Meinung, dass derjenige, welcher jemand mit Gift zu töten vorhatte und statt dessen sich irrtümlich eines unschädlichen Stoffes bediente oder der in dem Irrtum, das Bild jemandes sei dessen lebende Person, mit Tötungswillen nach diesem Bilde schoss, nach erkanntem Irrtum wiederum zur Begehung desselben Verbrechens schreiten werde.

Diese Ansicht *Cropps* ist entschieden als irrig zu bezeichnen; denn wer wollte dafür einstehen, dass eine Schwangere, welche bei ihrer ersten Schwangerschaft ein vollkommen unschädliches Mittel verwendete, bei einer wiederholten Schwangerschaft sich nicht nach einem zweckmässigeren Mittel umsehen und dieses benutzen wird?[1]) Andererseits wiederum kann derjenige, welcher seinen Feind mit einem kurz vor der Tat ohne sein Wissen entladenen Gewehr töten wollte, infolge des sich an die entdeckte Tat anschliessenden Moralisierens und Kritisierens derselben, derart in seinem Sinn umgestimmt werden, dass jemals wieder Mordgedanken zu fassen für den Täter als durchaus ausgeschlossen betrachtet werden darf.

Nicht besser, so glauben wir, wird sich die subjektiv-objektive Theorie einer rein juristischen, von Zweckmässigkeitsgründen absehenden Betrachtung gegenüber rechtfertigen lassen. Denn bei völliger Gleichheit des objektiven Tatbestandes und gleicher Intensität des verbrecherischen Willens macht die subjektiv-objektive Theorie die verschiedenartige strafrechtliche Behandlung der Versuchsfälle abhängig von „einem rein innerlichen Vorgang",[2])[3]) nämlich dem Fehlen oder Gegebensein eines richtigen Verständnisses für die Bildung von Kausalitätsketten.

Die Identität des äusseren Geschehens in dem Falle, in welchem der Täter mit Pulver schiessen will, aber mit Sand ladet, und dem Falle, in welchem er letzteres in der irrigen Meinung tut, dass man mit Sand schiessen könne, leuchtet ohne weiteres ein, da ja der Täter beidemal gleichmässig Sand verwendet.[4])

Ebenso ist wohl daran nicht zu zweifeln, dass die verbrecherische Absicht in dem Fall, dass jemand durch einen

---

[1]) Mittermaier G. S. 1859. S. 429.

[2]) Baumgarten, S. 320. G. S. 1866, S. 60.

[3]) Geyer.

[4]) v. Buri G. S. 1868, S. 327/328.

Schuss auf den Schatten seines Feindes diesen selbst ums Leben bringen zu können glaubt, ebenso intensiv ist, als wenn jemand im Dämmerlicht einen Baum oder sonstigen Gegenstand für den Feind hält und auf diesen schiesst. Kommt es doch in beiden Fällen unterschiedslos dem Täter darauf an, seinen Feind aus der Welt zu schaffen. Und wenn wir angesichts dessen mit Geyer[1]) die Frage erheben, woher kommt „das Privilegium der Straflosigkeit" für den, dessen subjektive und objektive Verschuldung dieselbe ist, wie die eines andern, dem dies Privilegium nicht eingeräumt ist? —, so geben wir mit *Geyer* gegen *Kohler* die Antwort, dass die grössere oder geringere Kenntnis der Naturkräfte bei den verschiedenen Tätern den Grund der unterschiedlichen Behandlung bildet. *Kohler* freilich erachtet diese Antwort für durchaus falsch, findet vielmehr die verschiedenartige strafrechtliche Behandlung derselben objektiven Tatbestände durch das Gegebensein bezw. Fehlen eines strafrechtlich relevanten Willens wohlbegründet. Ein solcher Wille liegt nach *Kohler* dann vor, „wenn jemand den Willen hat, eine Veränderung in der Aussenwelt zu setzen, welche Veränderung so gestaltet ist, dass sie irgend einen Schaden mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit herbeiführt".[2]) Neben dieser ausdrücklichen Charakterisierung wird das Wesen dieses Willens, des sogenannten „deliktuosen Willens", von *Kohler* noch durch Abgrenzung gegenüber dem Wunsch oder nicht individualisierten Willen, gekennzeichnet. Den blossen Wunsch, so führt *Kohler* aus, zu töten hat, wer den Tod jemandes durch Zucker herbeiführen will, wohingegen dem ein deliktuoser Wille eigen ist, der den Tod durch Arsenik verursachen will.

Fragen wir uns nun, welches der wahre Kern des *Kohler*'schen „deliktuosen Willens" ist, so vermögen wir uns nur die Feststellung zu machen, dass der Täter einen Plan entworfen hatte, der in die Wirklichkeit übersetzt wahrscheinlich den Erfolg seinen Bemühungen hätte zu teil werden lassen.

Eine andere Auslegung kann man u. E. aus der ausdrücklichen — hierbei ganz allein in Frage kommenden — Charakteristik des „deliktuosen Willens" nicht herauslesen. Denn wollte

---

[1]) Geyer in G. S 1866, S. 62.

[2]) Kohler, Studien I S. 13.

man etwa unter Willen[1])[2]) das konkrete Tun verstehen, so würde diesem nicht bloss vom Standpunkte der subjektiven Theorie, sondern auch von dem jeder — nicht nur dem Namen nach — objektiven Theorie, die zum Begriff des „deliktuosen Willens" von *Kohler*[3]) geforderte Fähigkeit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit „eine Veränderung in der Aussenwelt" hervorzurufen, abzusprechen sein.

Dass wir mit Recht als den wahren Kern des *Kohler*'schen „deliktuosen Willens" den Plan, welchen sich der Täter für sein Handeln zurechtgelegt hat, angesprochen haben, wird uns dadurh noch deutlicher, dass ein in so starkem Masse in den Bahnen *Kohler's* wandelnder Schüler dieses wie *Klee*[4]) die Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit statt wie *Kohler* vom Gegebensein bzw. Mangel eines „deliktuosen Willens" von der Gefährlichkeit bzw. deren Fehlen im verbrecherischen Plan abhängig macht. Lässt *Kohler* das Totbeten deshalb straffrei, weil dem Täter „der auf eine deliktuose Handlung gerichtete Wille fehlt,"[5]) so bestraft *Klee* den Bauern, der sich dieses abergläubischen Mittels bedient, um deswillen nicht, weil „der Plan des Täters ein untauglicher ist."[6])

Wenn aber dies die wahre Gestalt des „deliktuosen Willens" ist, so ist es auch *Kohler* nicht gelungen, die Meinung derjenigen zu widerlegen, die der subjektiv-objektiven Theorie vorwerfen, dass ihre Entscheidung über die Bestrafung bezw. Straflosigkeit der Versuchsfälle davon abhängt, ob der Täter ein besseres oder schlechteres Wissen, eine bessere oder schlechtere Kenntnis der Naturfolgen besitzt. Damit aber kann sich die eben besprochene Theorie von dem *Geyer*'schen Vorwurf,[7]) dass sie zu einer Bestrafung der nuda cogitatio führe, nicht reinigen. Nach wie vor muss daher der subjektiv-objektiven Theorie vorgehalten werden, dass sie ihre Daseinsberechtigung durch Verletzung des

---

1) v. Liszt, Lehrbuch, S. 105.
2) Berner, Lehrbuch, S. 125.
3) Kohler, Studien I, S. 11.
4) Klee b. Bennecke-Beling, Heft XIV, S. 34.
5) Kohler, S. 11.
6) Ebenda, S. 12.
7) Geyer, G. S. 1866, S. 61.

ebenso alten wie allgemein anerkannten Rechtssatzes „cogitationis poenam nemo patitur“ verscherzt habe.[1])

§ 14. Die Gefährdungstheorie.

Als letztes Merkmal, dessen man sich zur Unterscheidung der Versuchsfälle bedient, kommt die durch die Handlung des Täters hervorgerufene Gefährdung oder Nicht-Gefährdung des Rechtsgutes in Frage, dessen Verletzung hervorzurufen jene Handlung bestimmt war. Konnten wir in den vorigen Paragraphen unserer Arbeit *v. Buri* und dem R.-G. nur durchaus Recht geben, dass keines der angeführten Unterscheidungsmerkmale sich eingehenderen Untersuchungen gegenüber rechtfertigen lasse, so müssen wir die Gefahr als Unterscheidungsmerkmal gegen *v. Buri* und das R.-G. verteidigen.

Seitens des R.-G. wurde in der Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880,[2]) welche für dasselbe bis auf Weiteres dessen Stellung in der Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuches festlegte, das Wesen einer gefährlichen Handlung, wie *Hagemann*[3]) durchaus richtig annimmt, nur ganz flüchtig anlässlich der Polemik gegen die *Feuerbach*'sche Theorie gestreift.

Zu einer eingehenden Würdigung des Begriffs „Gefahr“ durch das R.-G. kam es erst 3 Jahre später in einem Urteil vom 30. März 1883.[4]) In diesem Urteil bricht das R.-G. den Stab über die Gefahr als Unterscheidungsmerkmal für die Versuchsfälle, indem es Folgendes ausführt: „denn hat die Handlung im konkreten Falle das Rechtsgut nicht verletzt, so beweist dies unwiderleglich, dass sie es im konkreten Falle nicht verletzen konnte, und war sie dazu ausser Stande, so war durch die Handlung das Rechtsgut objektiv nicht gefährdet.“[5]) Das R.-G. geht also hierbei von einem Standpunkt aus, den auch wir oben vertreten haben, dass nämlich unter den konkreten Verhältnissen die Handlung des Täters unbedingt im Versuchsstadium stecken bleiben musste. Indem nun des Weiteren seitens des R.-G. die

---

[1]) l. 18 D. de poenis 48, 19.

[2]) E. I S. 442.

[3]) Hagemann G. A. XXXII S. 227.

[4]) E. 8 S. 198.

[5]) Ebenda, S. 202.

Gefahr als ein Zustand aufgefasst wird, in welchem ein später verletztes Objekt vor Eintritt der Verletzung infolge der auf dieselbe abzielenden Handlung sich befand, ist der Schluss des R.-G. durchaus folgerichtig, dass beim Ausbleiben der Verletzung auch eine Gefahr niemals vorgelegen hat. Wenn daher das Wesen der Gefahr wirklich in einem Zustande besteht, in welchem ein Objekt sich nur dann befunden hat, wenn die Verletzung in der Tat eingetreten ist, so verliert unzweifelhaft der Begriff der Gefahr für jeden, der anerkennt, dass unter den konkreten Umständen der verletzende Erfolg nicht eintreten konnte, sein objektives Dasein und verflüchtigt sich zu einem blossen Gefühl mehr oder minder berechtigter Unruhe ohne materielle Berechtigung. Daher kommt es denn für uns, die wir zwar zugeben, dass unter den konkreten Verhältnissen der verletzende Erfolg ausbleiben musste, andererseits aber in der Gefahr „einen gegenwärtigen, objektiven Zustand“[1]) erblicken, auf den Nachweis der Irrigkeit der Auffassung des R.-G. an, welches ein Objekt nur dann für gefährdet erachtet, wenn die Gesamtheit der zu seiner Verletzung notwendigen Bedingungen gegeben ist, d. h. wenn die Verletzung eintritt, nicht aber auch schon dann, wenn die zur Bildung der konkreten Kausalität notwendigen Bedingungen in dem Masse vorhanden sind, dass nur wenig zur Schliessung der Kausalitätskette fehlt, deren notwendige Folge der Eintritt der Verletzung ist.

Das Recht, dem R. G. den Vorwurf irriger Erfassung des Wesens der Gefahr zu machen, leiten wir daraus her, dass dasselbe ohne Angabe von Gründen von der Auffassung des Wesens der Gefahr, wie es das Leben versteht, abweicht. Müssen doch dessen Begriffe u. E. auch für das Recht so lange gelten, bis eine positive Bestimmung des geltenden Rechts mit einem Wort einen vom Sprachgebrauch des täglichen Lebens abweichenden Sinn verbunden wissen will, da ja sonst, wenn diese Schranke nicht bestände, infolge der gestatteten Willkür die schlimmste Verwirrung die unausbleibliche Folge wäre.

Im Leben[2]) aber wird von einer Gefahr ohne Rücksicht darauf gesprochen, ob eine Verletzung eingetreten ist. So besprechen

---

[1]) v. Buri, Beiträge, S. 368.

[2]) Rosenberg. Z. 20 S. 703,

am Abend nach einer schwierigen Bergpartie wohl und munter Führer und Tourist in einer Alpenhütte die Gefahren, welche ihnen der Tag dadurch gebracht hatte, dass sie ein plötzlich hereinbrechendes Schneetreiben die Spalten des Gletschers nicht mehr erkennen liess, in welche sie bei jedem Schritt zu stürzen fürchten mussten; sie erinnern sich noch einmal, wie gefährlich es für sie war, dass sie infolge des Unwetters vom richtigen Wege abirrten, dass sie vor Erschöpfung tot umzusinken drohten und nur einer auf ihre Notsignale von der nächsten Hütte aus abgehenden Rettungskolonne die Erhaltung ihres Lebens verdanken.

Ebenso erzählt im freudigen Bewusstsein glücklich überstandener Kriegsgefahren der Vater dem Sohn, wie er im dichtesten Kugelregen stand, sodass er stets mit der Möglichkeit, sein Leben zu verlieren, rechnen musste.

Suchen wir aus diesen beiden Beispielen die Umstände, welche die Beteiligten mit Recht trotz ausgebliebener Verletzung von durchgemachten Gefahren reden lassen, in eine abstrakte Formel zu bringen, so erkennen wir, dass in beiden Beispielen nur wenig daran fehlte, dass sich die noch nicht vollständige Kausalitätskette lückenlos schloss, da ja ein Teil der dazu notwendigen Bedingungen bereits vorhanden war. Angesichts dessen zeigt es sich von Neuem, dass das R. G. zwar mit seiner Behauptung, dass es unter den konkreten Umständen nicht zu einer Verletzung kommen konnte, Recht hat, nicht aber damit, dass beim Ausbleiben derselben auch eine Gefahr nicht existierte; diese war vielmehr — wie nachgewiesen — in Gestalt einer wenn auch noch unfertigen Kausalität für die Verletzung existent.

Mit dem Nachweis der Selbständigkeit der Gefahr gegenüber der Verletzung ist aber deren Verwendbarkeit als Unterscheidungsmerkmal der Versuchsfälle noch nicht dargetan. Erst wenn wir beweisen können, dass der einen Art von Versuchsfällen eine Gefährdung des angegriffenen Rechtsgutes eigen ist, der anderen Art hingegen abgeht, liesse sich die Gefahr als Unterscheidungsmerkmal denken. Bevor wir uns aber dieser Prüfung unterziehen, müssen wir uns vorerst noch einige Augenblicke mit der Gefahr beschäftigen.

Bei der Stellung, welche wir im Vorausgegangenen zur Frage der Kausalität eingenommen haben, ist es ja nur folgerichtig,

wenn wir mit *v. Liszt*[1]) die konkrete Gefahr und nicht, wie *Rohland*[2]) es will, die generelle als allein geeignet berücksichtigen. Nur wollen wir in dieser Hinsicht — anders als *v. Liszt* — nicht das, was wir zum Prinzip erhoben haben, durch die Art und Weise, wie wir demselben in der Praxis gerecht zu werden versuchen, wieder umstossen. Diesen Vorwurf erheben wir gegen *v. Liszt* deshalb, weil seine „nachträgliche Prognose", welche nur „die im Augenblicke des Handelns allgemein erkennbaren oder auch nur dem Täter bekannten, nicht aber die erst durch den weiteren Verlauf aufgedeckten Umstände berücksichtigt" einen offensichtlichen Verstoss gegen sein kurz vorher aufgestelltes Prinzip, nach dem bei der Beurteilung der Handlung alle dieselbe begleitenden besonderen Umstände berücksichtigt werden sollten, enthält. In diesen Fehler wollen wir nicht verfallen, sondern uns *v. Buri*[3]) vollkommen anschliessen, wenn er zur Feststellung, ob eine konkrete Gefahr wirklich existiert oder nicht, eine vollständige Berücksichtigung der konkreten Umstände des einzelnen Falles verlangt. Denn auf diese Art[4]) allein ist ein von Willkür freier Schluss, ob eine Verletznng bevorsteht, mithin Gefahr vorhanden ist oder nicht, möglich. Einer derartigen Feststellung einer Gefahr gegenüber vermag im Gegensatz zu der *v. Liszt*'schen Feststellung des Vorhandenseins einer Gefahr die nachfolgend angezogene Stelle *v. Buri's* nichts, während sie dieser einen scharfen Stoss durch den Hinweis darauf versetzt, dass „wenn nur die z. Zt. der Tat bekannten Umstände das Gefahrurteil rechtfertigten, möge sich dann dasselbe auch nachträglich als ein irriges erweisen, so würde hierdurch die Verursachung objektiver Gefahr in die Verursachung einer lediglich subjektiven Annahme der Gefahr umgewandelt werden, und die Bestrafung wegen Versuches nicht zu verstehen sein, wenn eine Besorgnis nicht hervorgerufen war, der Bedrohte also etwa nichts davon gemerkt hätte, dass auf ihn geschossen wurde."[5])

Wenn wir so die konkrete Gefahr als Unterscheidungsmerkmal

---

1) v. Liszt, Lehrbuch, S. 191.

2) Rohland, Gefahr im Strafrecht.

3) v. Buri, Beiträge, S. 371.

4) Ebenda, S. 378.

5) Ebenda 349.

der Versuchsfälle aufgestellt haben, sind wir uns dessen wohl bewusst, dass bei Beurteilung, ob die Handlung gefährlich oder nicht gefährlich ist, die Ansichten der Urteilenden auseinandergehen werden. Damit aber ist weder gegen die Richtigkeit der Unterscheidung als solche etwas gesagt, noch dürfte die praktische Durchführung derselben eine grössere Verschiedenheit der Ansichten bei der Beurteilung zeitigen, als wir sie ohnedies schon in der Rechtsprechung gewohnt sind. Denn wie oft erlebt man es, dass während das eine Mitglied eines Gerichtshofes steif und fest von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist und allerlei triftige Gründe für seine Ansicht vorbringt, ein anderes Mitglied desselben Gerichtshofes durchaus entgegengesetzter Meinung ist und für diesen seinen Standpunkt gleichfalls einleuchtende Gründe anzuführen weiss. Zudem aber sind bereits jetzt in den §§ 312, 315, 316, 321 St.-G.-B. die Richter genötigt, sich über das Vorhandensein bezw. Fehlen einer konkreten Gefahr schlüssig zu werden.[1])

Nach dieser Abschweifung wollen wir uns jetzt der Prüfung unterziehen, bei welchen Versuchsfällen eine Gefahr gegeben ist, bei welchen nicht.

Den Mangel jeglicher Gefahr glauben wir mit Recht da behaupten zu dürfen, wo das Objekt, gegen welches der Täter seine Handlung richtet, überhaupt nicht existiert oder physisch untauglich ist. Denn wie wäre es möglich, das Leben eines bereits tot zur Welt gekommenen Kindes irgendwie zu gefährden, oder wie sollte es angestellt werden, dass eine nicht vorhandene „lebende Frucht des weiblichen Schosses“[2])[3])[4]) gefährdet wird. Ebenso ist eine Gefahr für das Eigentumsrecht jemandes durchaus unmöglich, wenn sich der Diebstahlsvorsatz auf eine längst untergegangene oder überhaupt niemals vorhandene Sache konkretisiert hat. Wenn wir hier mit *Hagemann*[5]) und *Rosenberg*[6]) jede Gefahr verneinen, so dürften wir schwer zu widerlegen sein. Es versteht sich wohl

---

[1]) Frank, Kommentar zum St.-G.-B. S. 15.
[2]) Franck, S. 272.
[3]) E. VIII. S. 198.
[4]) E. XXXII. S. 217.
[5]) Hagemann G. A. XXXII. S. 233.
[6]) Rosenberg Z. XX. S. 702.

von selbst, dass wir nicht wie *v. Liszt*[1]) das Leben eines Neugeborenen annehmen, sofern dessen Tod nicht zweifellos feststeht, oder eine Schwangerschaft, sofern dieselbe nicht völlig ausgeschlossen erscheint. Dass ein derartiges Verfahren durchaus unzulässig ist, leuchtet wohl ohne Weiteres ein, da es heute allgemein anerkanter Grundsatz ist, dass alles, was dem Angeklagten zum Nachteil angerechnet wird, auch als wirklich vorhanden nachgewiesen werden muss.

Nicht so einfach dagegen dürfte die Entscheidung über das Vorhandensein bezw. Fehlen einer Gefahr für das Rechtsgut dann sein, wenn das Objekt, auf das es der Täter abgesehen hat, zwar an und für sich existiert, nicht aber an dem vom Täter vermuteten Orte. Es schiesst z. B. der Mörder, welcher seinen Feind töten will, nachts durch das Fenster in dessen Bett, trifft ihn aber nicht, weil er das zusammengeballte Kopfkissen, auf dem der Kopf des Feindes ruht, für diesen hält und auf das Kopfkissen zielt. Oder, um ein anderes Beispiel beizubringen, wegen eingetretener strengerer Temperatur rückt der zu Ermordende seine Bettstelle vom zugigen Fenster weg, der Mörder aber, welcher nichts davon weiss, schiesst nach der Stelle, an welcher bis zum Wegrücken der Bettstelle der Kopf zu liegen pflegte. Im ersteren Beispiele tragen wir durchaus kein Bedenken, das Vorhandensein einer Gefahr für den zu Ermordenden zu bejahen. Im zweiten Beispiele hingegen würden wir unsere Entscheidung, ob eine Gefahr gegeben ist oder nicht, ganz von den konkreten Umständen abhängig machen, d. h. davon, ob die Möglichkeit bestand, dass sich die vorhandenen Bedingungen des Erfolgs zur vollständigen Kausalität ergänzten oder nicht.

An einer solchen Möglichkeit aber fehlt es ganz sicher, wenn der Förster, dem in der Dämmerung seitens eines Wilddiebes im Walde aufgelauert wird, im Kreise der Honoratioren in der nächsten Kreisstadt sitzt, während jener vergeblich nach dem Platze schiesst, an dem sich der Förster sonst aufzuhalten pflegte.

Ebenso würden wir, falls der Dieb eine bestimmte Sache weg-

---

[1]) v. Liszt nämlich erachtet den Versuch der Abtreibung von Seiten einer garnicht schwangeren Frauensperson ganz wohl als strafbar, wenn das Vorhandensein einer Schwangerschaft nicht völlig ausgeschlossen erscheint, ebenso Tötungsversuch an einem totgeborenen Kinde, wenn der Tod nicht zweifellos ist. — v. Liszt, Lehrbuch S. 191.

zunehmen sich vorgesetzt hatte, auf konkreter Grundlage zu unterscheiden suchen, ob das Eigentumsrecht gefährdet war oder nicht. Wir würden dies z. B. dann bejahen, wenn der Dieb, der nach einer ganz bestimmten Urkunde sucht, zwar die Schublade aufzieht, in welcher diese Urkunde liegt, beim Durchsuchen der Papiere aber diese nicht findet, — nicht aber dann, wenn die wegzunehmende Sache sich ausserhalb des Gebietes befindet, welches der Dieb zu durchsuchen beabsichtigt. Daher würden wir, wenn A. in dem von *Oetker*[1]) angeführten Beispiel nach einem wertvollen Ring des B. in dessen Schreibtisch sucht, während das Objekt vielmehr im Geldschrank des B. sich befindet, eine Gefahr für das Eigentumsrecht des B. an dem Ringe verneinen.

Als notwendige Folge der Art und Weise, wie wir bis jetzt das Dasein bezw. Fehlen einer Gefahr festzustellen suchten, ergibt sich, dass wir eine Gefahr dann als nicht vorhanden annehmen müssen,[2]) wenn der Taschendieb in eine leere Tasche greift.[3])

Bevor wir ein endgültiges Urteil über die allgemeine Tauglichkeit der Gefahr als Unterscheidungsmerkmal abgeben können, müssen wir noch ihre Tauglichkeit beim Versuch mit untauglichen Mitteln auf die Probe stellen. Wir behaupten z. B. das Dasein einer Gefahr für den Angegriffenen dann, wenn die Kugel am Haupte des Angegriffenen unmittelbar vorbeipfiff, wie wir sie dann leugnen, wenn der Schuss senkrecht in die Höhe abgegeben wird. Wir nehmen eine Gefahr für das Leben da an, wo die Wirkung des Dolchstosses an einem Zigarrenetui abprallte, nicht aber da, wo ein mit einem Kettenhemd geschützter Mensch durch einen Dolchstoss getötet werden soll. Wir erachten das Leben in Gefahr, wo Gift in genügender Quantität beigebracht wurde, dessen Wirkung aber durch Gegenmittel aufgehoben ward, nicht aber, wo Gift in unzureichender Quantität als „Tötungsmittel“ Verwendung findet.

Die Beispiele hätten sich zwar für alle Versuchsfälle noch beliebig häufen lassen; da wir jedoch annehmen dürfen, dass wir an unseren zweifellos nicht willkürlich zusammengestellten Beispielen die durchgängige Eignung der Gefahr als Unterscheidungs-

---

1) Oetker Z. 17. S. 59.
2) Oppenhoff XII S. 584.
3) Entsch. des Ob. Trib. v. 15. Nov. 1871 b. Oppenhoff XII S. 584.

merkmal nachgewiesen haben, so glauben wir von der Beibringung weiterer Beispiele absehen zu können.

Wenn somit zwar die Fähigkeit der Gefahr, als Unterscheidungsmerkmal für die Versuchsfälle benutzt zu werden, hinreichend dargetan ist, so bedarf es, bevor wir die Gefahr ihre Rolle, über Strafe bezw. Straflosigkeit zu entscheiden, übernehmen lassen, noch des Nachweises, dass ihr mit Recht diese Rolle zukommt. Dieses Nachweises bedarf es umsomehr, als in der jüngsten Entscheidung des R.-G.,[1]) welche die Frage des untauglichen Versuchs betrifft, der Gefahr nicht so sehr die Fähigkeit, als Unterscheidungsmerkmal zu dienen, abgesprochen, als ihr das Recht dazu unter dem ausdrücklichen Hinweis auf das Fehlen eines Anhaltspunktes im Gesetze bestritten wird. Unter dem gleichen Vorwande hat auch *v. Buri*[2]) der Gefahr das Recht auf die Stellung bestritten, welche wir sie einnehmen lassen wollen. Richtig ist an diesen Einwendungen zweifellos, dass in den Paragraphen unseres Strafgesetzbuches, die den Versuch zu regeln bestimmt sind, das Wort „Gefahr“ nicht verwendet ist. Da aber das R.-G. selbst in der noch heut für seine Stellung bestimmenden Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880 die Ansicht vertreten hat, dass „die Entscheidung der Frage über die Grenzen der Strafbarkeit des Versuches lediglich aus den inneren Gründen für diese Strafbarkeit entnommen werden könne und müsse“[3]) hat gerade das R.-G. und alle die andern, welche bei ihren Deduktionen durchaus unabhängig vom positiven Gesetze vorgingen, kein Recht, die Richtigkeit einer ihnen nicht genehmen Ansicht dadurch zu diskreditieren, dass sie auf die mangelnde Unterstützung der gegnerischen Theorie durch die Versuchsparagraphen unseres Gesetzes hinweisen.

Aus „inneren Gründen“ nämlich ist man durchaus berechtigt, das Gegebensein bezw. Fehlen der Gefahr über die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit der Versuchsfälle entscheiden zu lassen. Zeigt doch eine eingehendere Betrachtung der Voraussetzungen, unter denen der besondere Teil unseres R.-St.-G.-B. über eine Handlung eine Strafe verhängt, aufs deutlichste, dass dasselbe

---

[1]) E. 34 S. 219.

[2]) v. Buri, Beiträge S. 378.

[3]) E. 1 S. 441.

den *Feuerbach*'schen Satz, dass „bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem äusseren Recht widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann rechtswidrig, wenn sie das Recht gefährdet oder verletzt"[1]) grundsätzlich sich angeeignet hat. Als Beispiele für solche Paragraphen, in denen der Grund der Strafe die Verletzung des Rechtsgutes ist, mögen die §§ 212, 218, 223 dienen, wohingegen in den §§ 130, 312, 313 die Gefährdung von Rechtsgütern das strafbegründende Moment darstellt.

Unschwer würde sich die Richtigkeit unserer Behauptung noch durch viele andere Beispiele aus dem besonderen Teile unseres R.-Str.-G.-B. dartun lassen. Da aber in dieser Hinsicht durch *Hagemann*[2]) in eingehender Weise bereits der Beweis erbracht ist, glauben wir davon absehen zu dürfen.

Nicht so leicht beweisbar hingegen dürfte die Richtigkeit unserer Behauptung sein, dass der alleinige Rechtsgrund, um dessentwillen seitens unseres R.-St.-G.-B. der Versuch unter Strafe gestellt ist, die Gefährdung von Rechtsgütern ist. Die Berechtigung unserer Behauptung folgt mittelbar daraus, dass, wie *Kroschel*[3]) mit Recht ausführt, die Entstehung des § 43 auf gesetzgeberisch-technische Gründe zurückführt. *Kroschel* behauptet nämlich, dass der Gesetzgeber, um nicht bei jedem im besonderen Teil stehenden Paragraphen, dessen Versuch ebenfalls unter Strafe stehen soll, fast denselben Tatbestand wiederholen zu müssen, zur Bildung des § 43 schritt, der ihn dieser Schwerfälligkeit in der Technik überhob.

Wenn nun zwar jetzt der § 43 seiner äusseren Stellung nach dem allgemeinen Teil unseres R.-St.-G.-B. angehört, so wurzelt er doch, wie seine Entstehung ergibt, materiell im besonderen Teil. In diesem Falle aber wäre es befremdend, wenn er nicht wenigstens eine Gefährdung des gerade in Frage kommenden Rechtsguts als Voraussetzung seiner Anwendung verlangte. Zwar wird die Notwendigkeit des Gegebenseins dieser Voraussetzung seitens der subjektiven Theorie bestritten, welche sich im Versuche bereits mit dem objektivierten verbrecherischen Willen als

---

[1]) Feuerbach, „Lehrbuch des peinlichen Rechts", S. 42 N. c.
[2]) Hagemann G. A. XXXII S. 230—232.
[3]) G. S. 1890, S. 218.

strafbegründenden Umstand begnügt.[1]) Da wir aber im Vorausgegangenen die Irrigkeit dieser Auffassung nachgewiesen haben, kann uns die subjektive Theorie nicht hindern, — getreu dem *Feuerbach*'schen Prinzip — nur diejenigen Versuchsfälle, deren Gefährlichkeit für ein Rechtsgut erwiesen ist, Strafe erleiden, die anderen hingegen straffrei ausgehen zu lassen.

§ 15. Der Standpunkt des R.-St.-G.-B.

Unsere bisherigen Ausführungen gingen — der Ansicht des R. G., *v. Liszt's*,[2])[3]) *Zimmermann's* und vieler anderen folgend — davon aus, dass aus unserem Gesetz selbst keine Entscheidung zu gewinnen wäre, welche Art von Versuchsfällen nach dem in Frage stehenden § 43 R.-St.-G.-B. gestraft werden sollten und welche nicht. In folgendem jedoch wollen wir zusehen, ob denn das Gesetz uns wirklich keine Handhabe bietet, die es uns ermöglicht, Fuss zu fassen auf dem sicheren Boden des Gesetzes, vor dessen allgemein verpflichtender Kraft jede Theorie schweigen muss, es sei denn, dass sie sich mit dem Gesetze in voller Uebereinstimmung befinde.

> „Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu strafen.“

So lautet § 43 R.-St.-G.-B. Voraussetzung der Bestrafung solcher Handlungen also, durch welche der Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, betätigt wurde, ist es, dass sie „einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens“ enthalten. Die Worte „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten“ bedingen, wie von niemandem bestritten wird, grundsätzlich Straflosigkeit der sogenannten Vorbereitungshandlungen. Darüber allein herrscht Meinungsverschiedenheit, ob diesen Worten auch die Bedeutung zuzumessen ist, dass sie uns erkennen lassen, welche Art von Versuchshandlungen gestraft werden muss, und welche straffrei bleibt.

---

[1]) Seite 42 ff. der Arbeit.

[2]) G. A. XXIX S. 183.

[3]) v. Liszt, Lehrbuch, S. 190.

Nach unserer Meinung[1]) bietet § 43 hierzu die Möglichkeit. Denn er spricht von Handlungen, durch welche ein Anfang der Ausführung „dieses“ Verbrechens oder Vergehens gemacht wurde, und nicht von Handlungen, durch welche irgend etwas schlechthin angefangen wird. Bei letzterer Charakterisierung des Begriffes der Ausführungshandlung freilich könnte man sehr wohl darauf kommen, es als genügend anzusehen, dass der Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen verüben zu wollen, durch irgendwie geartete Handlungen der Aussenwelt kundgegeben worden ist. Wenn aber das Gesetz ausdrücklich Handlungen verlangt, durch welche ein Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens gemacht wird, so sind nur solche Versuche im Vulgärsinne strafrechtlich bedeutsame Handlungen, durch die das konkrete Verbrechen auszuführen begonnen wurde. Ob dies der Fall ist, kann aber nicht, wie *Scherer*[2]) will, dadurch festgestellt werden, dass man ausschliesslich den Anfang der Tätigkeit ins Auge fasst, sondern nur unter Berücksichtigung des gesamten Verlaufs derselben, da nur dann ein diesbezügliches Urteil Anspruch darauf hat, als ein von Willkür freies zu gelten.

Denn sehen wir einmal vom kriminellen Gebiet ab, so wird es doch z. B. niemandem einfallen, den Anfang der Ausarbeitung einer wissenschaftlichen Arbeit darin zu erblicken, dass lediglich die Ueberschrift des zu bearbeitenden Themas hingeschrieben wird, — oder den Anfang der Ausführung einer „Fussreise um die Welt“ darin zu finden, dass jemand von seinem Aufenthaltsort nach dem benachbarten Dorfe geht. Damit wir nämlich ein Urteil darüber abgeben können, ob jemand etwas auszuführen begonnen hat, verlangen wir mehr Beobachtungsmaterial, als es uns der Anfang der Tätigkeit bietet; können wir doch mit Sicherheit in diesem Zeitpunkt nicht mehr feststellen, als dass eine auf ein bestimmtes Ziel gerichtete Tätigkeit angefangen worden ist. *Scherer* aber müsste von seinem Standpunkte aus in beiden Beispielen einen Anfang der Ausführung annehmen, da es durchaus nicht ausgeschlossen ist, dass die augenblicklich nur in einer Ueberschrift bestehende Arbeit sich zu einem preisgekrönten Werk auswächst, oder dass der bis jetzt knapp eine Stunde Gehende

---

1) Ebenso Olshausen 146 No. 20; und Scheerer G. S. XXIX S. 486.

2) G. S. 1871 S. 486.

den ganzen Erdball umwandert. Dass daher nicht darin — wie *Scherer* meint — ein Anfang der Ausführung des Verbrechens erblickt werden kann, dass bei Beginn der verbrecherischen Tätigkeit die Möglichkeit zur Vollendung des Verbrechens vorlag, ist wohl nunmehr einleuchtend. Wir dürften vielmehr mit unserer Behauptung Recht haben, dass ein Anfang der Ausführung eines Verbrechens nur dann vorliegt, wenn die zur Herbeiführung desselben notwendigen Bedingungen — wenn auch nur teilweise — gegeben sind. Dass damit aber auch eine Gefahr für das angegriffene Rechtsgut gegeben ist, haben wir im Vorausgegangenen bewiesen, sodass unsere Theorie nicht blos aus „inneren Gründen“ als die vom Gesetz gebilligte erscheint, sondern sich aufgrund näherer Betrachtung des § 43 auch als die allein statthafte ergibt. Unsere Ausführungen dürften an Richtigkeit auch nicht durch den Hinweis *Kohler's*[1]) verlieren, dass wir im Leben von einem Versuch auch dann sprechen, wenn unsere Tätigkeit sich sogar dem Unansführbaren zuwendet. Denn *Kohler* übersieht, dass der „Versuch“ im Vulgärsinne nicht der Versuch im strafrechtlichen Sinne ist, als dessen Charakteristikum der Gesetzgeber abweichend vom Sprachgebrauch des Lebens einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens verlangt. Mag daher das Alltagsleben bei dem noch so unmöglichen Unternehmen z. B. bei dem Unternehmen der Erfindung des perpetuum mobile oder bei dem Unternehmen der Erfindung eines Verfahrens, die Welt aus den Angeln zu heben, von einem Versuch sprechen; — nach der Terminologie unseres R.-St.-G.-B. liegt in diesem Falle keineswegs ein Versuch vor.

§ 16. Ergebnis.

Unsere Untersuchung hat also das Ergebnis gezeitigt, dass eine scharfe Abgrenzung der Versuchsfälle gegen einander auf der Basis des Gegebenseins bezw. Fehlens einer Gefahr für das angegriffene Rechtsgut tatsächlich möglich und von der Rechtsordnung gebilligt ist. Wir können uns daher den Urteilen des R.-G., welche in den Entscheidungen des R.-G., Band I S. 439, Band XXII S. 159 und Band XXXIV S. 219 abgedruckt sind, nicht anschliessen, da es in ihnen trotz Fehlens einer Gefahr für das angegriffene Rechtsgut zu einer Verurteilung der Angeklagten

---

[1]) Kohler, Studien I, 9.

kam. Mit Rücksicht auf denselben Gesichtspunkt vermögen wir uns auch mit dem Urteil des bayerischen Cassationshofes vom 15. November 1872 nicht einverstanden zu erklären.[1])

In allen drei angezogenen Urteilen hätte auf Freisprechung erkannt werden müssen.

B.

Strafbarkeit des Wahnverbrechens im weiteren Sinne.

§ 17. Strafbarkeit des Versuchs am nichtexistierenden und physisch untauglichen Objekt.

Ganz die gleichen Erwägungen wie im vorigen Paragraphen bedingen die Straflosigkeit des Versuchs am nichtexistierenden und physisch untauglichen Objekt, sodass uns die Entscheidungen des R. G.[2]), welche in diesen Fällen Strafe verhängen, als abwegig erscheinen.

§ 18. Strafbarkeit der Fälle des Mangels im Tatbestand.

Nachdem wir im ersten Teil der Arbeit den Nachweis geführt zu haben glauben,[3]) dass es durchaus unrichtig ist, die hierher gehörenden Fälle als Versuchsfälle aufzufassen, kann für uns nicht die Frage entstehen, ob wir eine Versuchsstrafe als angezeigt erachten, sondern wir können nur untersuchen, ob auf diese vollendeten Handlungen seitens unseres R.-St.-G.-B. Strafen gesetzt sind. Existiert, so fragen wir, irgend ein Paragraph unseres R.-St.-G.-B., der einen Täter straft, welcher eine vermeintlich fremde, in Wahrheit aber in seinem Eigentum stehende Sache einem anderen in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt?[4]) Vergebens suchen wir nach einem solchen Paragraphen unseres R.-St.-G.-B. Ebensowenig finden wir in nnserem St.-G.-B. eine Strafbestimmung, nach welcher derjenige gestraft werden soll, welcher sich einen vermeintlich rechtswidrigen, in Wahrheit aber ihm zustehenden Vermögensvorteil durch Irrtumserregung verschafft. Nur wenn der Vermögensvorteil ein wirklich und nicht bloss vermeintlich rechtswidriger ist, steht die durch Irrtums-

---

1) Stenglein, II S. 140.

2) E. I S. 451, VIII S. 198; XXXIV. S. 217.

3) § 6 der Arbeit.

4) § 242, R.-St.-G.-B.

erregung herbeigeführte Vermögensschädigung eines anderen als Betrug unter Strafe.[1])

Nun ist es freilich richtig, dass der Täter das Dasein der sämtlichen zum Begriffe des Diebstahls und Betruges notwendigen Tatbestandsmerkmale unterstellt. Durch diese irrige Annahme aber könnte doch nur dann eine Bestrafung des Täters wegen Diebstahls oder Betruges sich rechtfertigen lassen, wenn unser R.-St.-G.-B. als Gegenstück zu § 59 eine entsprechende Vorschrift besässe, die nach *Kroschel's* Meinung dann etwa lauten müsste: „Wenn der Täter das Vorhandensein von Tatumständen irrig voraussetzt, welche zum gesetzlichen Tatbestand eines Delikts gehören, so wird er wegen Versuchs dieses Delikts gestraft.“[2])

Wer trotz Fehlens einer so beschaffenen Bestimmung sich für die Bestrafung des Täters bei den angeführten oder ähnlichen Fällen entschiede, müsste sich den Vorwurf gefallen lassen, dass er sich mit dem objektivierten verbrecherischen Willen als strafbegründenden Umstande, ohne dass wir es mit einem Versuche zu tun hätten, begnügte. Denn wenn auch, wie aus den vorigen Paragraphen erhellt, eine lebhafte Meinungsverschiedenheit darüber vorhanden ist, ob im Versuche der objektivierte verbrecherische Wille als strafbegründendes Moment genügt, so herrscht doch darin Einmütigkeit,[3]) dass — abgesehen vom Versuche — zum mindesten eine Gefährdung des angegriffenen Rechtsgutes als unerlässliche Voraussetzung für die Verhängung einer Strafe gefordert werden muss. Dass es aber in allen den Fällen, die wir als „Mangel im Tatbestand“ auffassen, an einem Angriff auf ein Rechtsgut fehlt, glauben wir im Vorausgegangenen hinreichend bewiesen zu haben. Es besteht daher gerade für uns, die wir selbst beim Versuche den objektivierten verbrecherischen Willen als strafbegründenden Umstand nicht genügen liessen, durchaus keine Veranlassung, in diesen Fällen, die ja nach unserer Ansicht keine Versuche sind, von dem allgemeinen für die Bestrafung geltenden Grundsatze abzuweichen. Infolgedessen bestrafen wir auch denjenigen nicht, der erst 15 Jahr alt ist, sich aber bereits für 17 Jahr alt hält

[1]) § 263 R.-St.-G.-B.

[2]) Kroschel, G. S. 1890 S. 219.

[3]) v. Liszt, S. 96; Birkmeyer Enc. S. 1038.

und in der Absicht, sich dem Militärdienste zu entziehen, das Vaterland verlässt,[1]) ebensowenig denjenigen, welcher eine Sache, die er irrig für eine fremde hält, „rechtswidrig in Aneignungsabsicht" einem andern wegnimmt.[2]) Desgleichen geht derjenige straffrei aus, der vor einer zur Abnahme von Eiden nur vermeintlich zuständigen Behörde vernommen unter Anrufung Gottes die Unwahrheit sagt.[3]) Wenn aber wirklich einmal in den hierher gehörenden Fällen ein Versuch im Sinne des § 43 vorliegt, indem des Täters Bemühungen nicht von Erfolg begleitet waren, soll dann dieselbe Tat, welche in ihrer Vollendung als durchaus straffrei erkannt wurde, plötzlich ihr Wesen derart geändert haben, dass Bestrafung des Täters wegen Versuchs angezeigt erscheine? Was als vollendete Handlung nicht gestraft wird, kann umsovielweniger als Versuch unter Strafe stehen, da ja doch der Versuch eines Verbrechens (im weiteren Sinne) im Vergleich zur Vollendung die mildere Form des Verstosses gegen die Rechtsordnung darstellt, wie sich deutlich aus der grundsätzlich milderen Bestrafung des Versuchs als der Vollendung ergibt.[4])

Schon aus diesem allgemeinen Gesichtspunkte heraus muss der Versuch des Wahnverbrechens wie das vollendete Pseudo-Delikt durchaus straffrei bleiben. Aber auch aus dem Gesetze selbst kommt man zum gleichen Resultate. Denn wenn § 43 R.-St.-G.-B. von einem Täter spricht, der den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen[5]) zu verüben, durch Handlungen betätigt hat, so heisst das, der durch die Handlung angestrebte Erfolg müsse ein Verbrechen oder Vergehen sein. Da wir aber gesehen haben, dass in beiden Fällen des Wahnverbrechens die vollendete Handlung durchaus den Charakter eines Verbrechens oder Vergehens entbehrt, so kann unmöglich dem Versuch eines Wahnverbrechens strafrechtliche Bedeutung zuteil werden.

§ 19. Strafbarkeit des Wahnverbrechens im engeren Sinne.

„Nulla poena sine lege poenali," keine Strafe ohne diesbe-

[1]) § 140 R.-St.-G.-B.

[2]) § 242.

[3]) Derselben Ansicht Havenstein, G. A. XXXVI S. 35 ff., Kroschel, G. S. Bd. 43 S. 220 ff; Klee, Bennecke-Beling Heft VIV S. 26 ff.

[4]) cfr. § 44 R.-St.-G.-B.

[5]) Frank, S. 54.

zügliche Bestimmung des Staates ist eine der unangefochtensten, keine abweichende Auslegung zulassenden Vorschriften des R.-St.G.-B.[1])

Ein Tun, in welchem unser R.-St.-G.-B. kein Verbrechen erblickt, bleibt eine erlaubte Handlung, mag nicht bloss der Täter, sondern mögen mit ihm weiteste Kreise die Handlung für eine strafbare ansehen, darin das schwerste Verbrechen erblicken. Kein Platz bleibt für die Anwendung eines anderen Rechtssatzes, da der Satz „error iuris criminalis nocet," an welchen man noch zuerst denken könnte, verständig betrachtet, dem oben aufgestellten Rechtssatz durchaus nicht widerstreitet.[2]) Denn selbstverständlich bedeutet dieser Satz nur, dass, wo der Staat eine Strafe auf eine Handlung gesetzt hat, des Täters Unkenntnis die Entstehung des staatlichen Strafanspruches nicht zu verhindern vermag, während sein Sinn natürlich nicht der ist, dass, weil der Täter irrtümlich die Existenz eines in Wirklichkeit garnicht vorhandenen Strafgesetzes annahm, um des Täters Irrtums willen eine strafrechtlich ganz irrelevante Handlung sich in eine zu strafende verwandle. Schon das Fehlen jedes vom Staate angeordneten Strafrahmens bedingt die Straflosigkeit einer solchen Handlung. Oder sollte es etwa auch der Phantasie des Täters überlassen bleiben, nicht blos „Verbrechen" zu schaffen, sondern sich auch die Strafe dafür auszusinnen? Daher erleidet natürlich, wer Sonntags wegen Klavierspielens Strafe fürchtet, ebensowenig Strafe, wie der, welcher wegen harmlosen Skatspielens eine Anklage wegen Hazards zu gewärtigen wähnt.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich ohne weiteres die Straflosigkeit derjenigen Wahnverbrechensfälle, welche auf der irrigen Subsumtion unter eine bestehende Norm beruhen, sofern diese Subsumtion nicht bloss wegen besonderer Umstände, sondern um des allgemeinen Charakters der Tat willen falsch ist. Dagegen erscheint es uns notwendig, die Straflosigkeit für diejenigen Fälle irriger Subsumtion besonders nachzuweisen, in denen dieselbe, generell betrachtet, richtig ist. Dennoch behaupten wir, dass auch in diesen Fällen, in welchen der Täter von der Existenz einer zu seinen Gunsten vom Staate statuierten Ausnahme von der Regel,

[1]) cfr § 2 R.-St.-G.-B.

[2]) Häberlin, G.-A. XIII, S. 235.

nach der Handlungen, wie sie der Täter vornimmt, grundsätzlich Strafe erleiden, keine Ahnung hat, gleichfalls straffrei ausgeht. Denn auch in diesen Fällen mangelt der Handlung der Charakter eines Verbrechens im weiteren Sinne, ohne dessen Vorliegen eine Bestrafung des Täters ausgeschlossen ist. Schuldhaft rechtswidrige Handlungen, die der Rechtsordnung gefährlich sind, werden allgemein als Verbrechen[1]) aufgefasst. Sofort sehen wir ein, dass allen hier in Frage kommenden Handlungen das Moment der Rechtswidrigkeit abgeht, indem der Täter bei allen seinen Handlungen ein ihm eingeräumtes Recht zur Seite hat, welches die generelle Rechtswidrigkeit derartiger Handlungen zum Weichen bringt. (qui iure suo utitur, neminem laedit.) Dass der Täter von der Existenz seines Rechts nichts weiss, kann ihm natürlich nicht schaden, da ja die Rechtsordnung ihre Vorschriften unterschiedslos für diejenigen, welche mit den Bestimmungen des Rechts vertraut sind, wie für diejenigen, welchen die Kenntnis derselben abgeht, aufstellt. Wie sehr daher der arme Häusler, der ein Pferd aus dem Stalle seines reichen Nachbarn mit Gewalt sich nahm, um für das sterbenskranke Kind auf diesem Pferde aus der benachbarten Stadt eiligst den Arzt zu Hilfe zu holen, vor Strafe zittern mag, weil seine juristische Schulung nicht soweit geht, sich vorzustellen, dass einer grundsätzlich strafbaren Handlung ausnahmsweise keine Strafe folge, — sein Tun bleibt von jeder Strafe frei.[2])

Ebenso erleidet der Lehrherr,[3]) welcher den Lehrjungen züchtigt, trotzdem er keine Kenntnis von einer ihm dies Recht einräumenden Gesetzesbestimmung hat, ebensowenig Strafe, wie solche den Vater trifft, der nicht weiss, dass, wenn er angemessene Zuchtmittel[4]) gegen das Kind angewendet hat, er dies tun durfte.

In welchem Teile des Rechts auch immer sich die Vorschrift finden möge, welche einer generell rechtswidrigen Handlung diesen ihren Grundcharakter nähme, ist ebenso gleichgültig, wie es auf die Kenntnis seitens des Täters hinsichtlich dieser Vorschrift garnicht ankommt. Indem einer solchen Handlung aber der Charakter

---

[1]) v. Liszt, 96; Birkmeyer, Enc. S. 1038.

[2]) § 54 R.-St.-G.-B. in Verbindung mit § 904 B. G.-B.

[3]) cfr Gew.-O. § 127.

[4]) B.-G.-B. § 1631, 2.

der Rechtswidrigkeit abgeht, ist sie kein Verbrechen und erleidet deswegen keine Strafe.

C.

§ 20. Schluss.

Die Folgerichtigkeit, mit der die subjektive Theorie, unbeirrt um irgend welche praktische Konsequenzen, ihre Auffassung vom Wesen des Versuchs durchführt, hat ihr sogar die lobende Anerkennung derjenigen verschafft, die den Ausgangspunkt dieser Theorie keineswegs gutheissen. So hat z. B. *Rohland,*[1]) der schwere Bedenken gegen die Richtigkeit des Ausgangspunktes der subjektiven Theorie hegt, derselben sein Lob „wegen ihrer logischen Geschlossenheit und bestechenden Einfachheit ihrer Konstruktion“ nicht versagen können. Auf dies von gegnerischer Seite kommende Lob ist die subjektive Theorie — u. E. auch mit gutem Recht — besonders stolz, wie die ausdrückliche Bezugnahme hierauf seitens *v. Buri*[2]) klar erkennen lässt.

Wenn sich auch die subjektive Theorie das von ihren Gegnern gespendete Lob gern gefallen lässt, so fühlt sie doch selbst nur zu gut, dass die Folgen, welche die prinzipientreue Durchführung ihrer Grundsätze in der Praxis nach sich ziehen muss, sie selbst in den Augen derer als ungeeignet erscheinen lassen, die ihren Ausgangspunkt für nicht so verfehlt erachten, wie wir es tun. Der subjektiven Theorie graut selbst vor gewissen Konsequenzen, zu denen sie bei ihrer Verwendung in der Praxis kommen muss, und darum schleift sie die ihr unerträglich erscheinenden Spitzen ihres Systems durch Schaffung einiger Sonderbestimmungen ab. Um die subjektive Theorie mit dem Rechtsgefühl in Einklang zu bringen, will auch *v. Buri*[3]) de lege ferenda den verbrecherischen Willen als strafbegründenden Umstand dann nicht genügen lassen, wenn „die gesetzlichen Merkmale der Tat, wie sie der Täter sich vorgestellt hatte“, nicht wirklich vorhanden waren.[4]) Wenn *v. Buri*, um die von ihm vertretene Theorie zu allgemeiner Anerkennung

---

[1]) Rohland, Gefahr, S. 85.

[2]) v. Buri, G. S. 1888 S. 534.

[3]) v. Buri, G. S. 1888, S. 534 und 535.

[4]) Beispiel: Die für einen Richter gehaltene Person, vor welcher die Ablegung des meineidigen Zeugnisses begonnen wurde, muss wirklich ein Richter sein.

Die Notzucht setzt als Handlungsobjekt eine Frauensperson und nicht bloss einen dafür gehaltenen Mann voraus.

zu bringen, sich zu diesem Zugeständnis an das Rechtsgefühl verstehen muss, welches in vielen Fällen die auf Grund der subjektiven Theorie unvermeidlichen Verurteilungen nicht zu billigen vermag, so können wir uns derselben Freiheit zu gleichem Zweck bedienen. Ohne den *v. Buri*'schen Vorwurf fürchten zu müssen, dass auch das Kennzeichen unserer Ausführungen „das Vermeiden einer scharfen Unterscheidung zwischen dem objektiven und dem subjektiven Standpunkt"[1] ist, werden wir durch den Vorschlag einiger Spezial-Delikte die Einwendungen abzuschneiden suchen, welche sonst sicherlich und zwar mit Recht gegen die praktische Verwendbarkeit unseres Standpunktes geltend gemacht würden.

Uns selbst erscheint es nicht angebracht, dass derjenige, welcher seinen auf die Tötung eines Nebenmenschen abzielenden Willen in die Tat umgesetzt hat, von jeder Strafe frei bleibe, weil eine Gefährdung des Angegriffenen nicht vorlag. Diese Konsequenz unseres Standpunktes muss durch die Schaffung eines Spezialdelikts beseitigt werden, welches alle auf die Tötung eines l e b e n d e n Menschen abzielenden Unternehmungen straft, es sei denn, dass dieselben nur für die Meinung eines „grob Unwissenden" oder „rohem Aberglauben Ergebenen" zum Ziele führen können.[2] Die Ausschliessung dieser letzteren Fälle von der Regelung durch ein Spezialdelikt rechtfertigt sich mit dem vollständigen Fehlen eines Gefühls der Beunruhigung auf Seiten der Rechtsgenossen bei Kenntnisnahme von der Tat. Trotzdessen liesse sich sehr wohl für diese Fälle an die Auferlegung einer Friedensbürgschaft denken, um das nochmalige Aufkeimen verbrecherischer Pläne bei dem Täter zu verhindern, der durch das erstmalige Fehlschlagen seines Handelns gewitzigt, womöglich sonst mit grösserer Intelligenz zum Schrecken der Gesamtheit seine verbrecherischen Neigungen in Taten umsetzt. Ebenso erscheint es uns durchaus notwendig, dass ein Spezialdelikt gegen den Versuch des Taschendiebstahls geschaffen wird.[3] Denn unser Rechtsgefühl vermöchte es wahrlich nicht zu ertragen, dass jemand ungestraft unsere Taschen unter-

---

[1]) v. B u r i, Beiträge, S. 382.

[2]) Aehnliche Gedankengänge finden sich: im Amendement Gretener, zum zweiten Entwurf des Schweizerischen Strafgesetzbuches cf O e t k e r, Zeitschrift XVII. S. 55; v. B u r i, G. S. XL. S. 535 „Die Vorstellung des Täters darf sich nicht ausserhalb vernünftiger Bahnen bewegen usw."

[3]) cf O e t k e r, Z. XVII. S. 59.

sucht und nur dann mit Strafe belegt wird, falls in der Tasche, in welche der Dieb seine Langfinger steckte, sich wirklich etwas Wegnehmbares befand.[1])

Mag manch einem, der grundsätzlich mit unserem Standpunkt einverstanden ist, die Schaffung noch anderer als der von uns vorgeschlagenen Spezialdelikte angebracht und notwendig erscheinen, — die Richtigkeit der von uns vertretenen Theorie würde damit nicht erschüttert. Liegt doch ihre Berechtigung, wie dargetan, in allgemein-rechtlichen Erwägungen, die, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar ihre starke Stütze im positiven Gesetze finden, und in ihrer folgerichtigen Durchführung, hinsichtlich welcher sie der subjektiven Theorie nichts nachgibt. Daher wäre es nur sehr ratsam, wenn der *Rosenberg*'sche Vorschlag, die alte Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuches durch Aufnahme der Bestimmung: „Der ungefährliche Versuch bleibt straflos“[2]) in das zukünftige R.-St.-G.-B. endgültig zu erledigen, durchdränge.

Denn selbst wenn dieser Grundsatz durch Ausnahmen durchbrochen wird, würde sein Dasein den unschätzbaren Vorteil der Klarstellung bieten, dass wenigstens im allgemeinen auch für die Versuchsstrafe wie für jede andere Strafe sonst zum mindesten eine Gefährdung des angegriffenen Rechtsgutes gefordert wird. Ausserdem aber hätte diese Fassung auch den gesetzgeberisch-technischen Vorzug, dass sich aus ihr folgeweise die grundsätzliche Straflosigkeit aller von uns als Wahnverbrechen im weiteren Sinne aufgefassten Fälle von selbst ergäbe, — ein Resultat, welches die subjektive Theorie nur unter Schaffung einer Spezialbestimmung zu erreichen vermag.

---

[1]) Kohler, Studien, S. 42.

[2]) Rosenberg, Z. 20, S. 707.